MINISTÈRE
DE LA CULTURE

Liberté
Égalité
Fraternité

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE
CENTRE NATIONAL DU CINEMA ET DE L'IMAGE ANIMEE
HAUTE AUTORITE POUR LA DIFFUSION DES ŒUVRES
ET LA PROTECTION DES DROITS SUR INTERNET

RAPPORT DE MISSION

LES OUTILS DE RECONNAISSANCE DES CONTENUS SUR LES PLATEFORMES NUMERIQUES DE PARTAGE :

PROPOSITIONS POUR LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 17 DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LE DROIT D'AUTEUR

Président de la mission : Jean-Philippe Mochon
Rapporteur : Alexis Goin
Experts pour l'HADOPI : Carla Menaldi et Didier Wang
Sous la coordination de Pauline Blassel
Pour le CNC : Laetitia Facon

Rapport présenté à la réunion plénière du CSPLA du 15 décembre 2020
Son contenu n'engage que ses auteurs

janvier 2021

Table des matières

Synthèse 5

Introduction 10

I. L'examen des bonnes pratiques existantes impose de faire toute leur place aux outils de reconnaissance de contenus dans la mise en œuvre de l'article 17 de la directive 14

A. L'analyse réaliste du fonctionnement des plateformes de partage montre que le recours à des outils automatisés de gestion est nécessaire pour assurer le respect du droit d'auteur comme pour répondre à d'autres intérêts publics et privés 15

1. Les plateformes de partage sont des espaces gérés et régulés dont le fonctionnement repose sur des outils automatisés, indispensables compte tenu du volume de contenus partagés et de la multiplicité de leurs sources 15

2. L'emploi des outils automatiques déployés par les plateformes apparait nécessaire au regard des enjeux de protection du droit d'auteur et des droits voisins 20

B. Démystifier le rôle des outils automatisés de reconnaissance : ces outils, qui sont une infrastructure technique mise au service de décisions humaines, jouent également un rôle clé pour autoriser les actes de partage licites 25

1. Les outils de reconnaissance sont des solutions technologiques qui traitent les contenus en appliquant les règles qui leur sont associées par les titulaires de droits 25

2. Les outils de reconnaissance, loin de reposer sur une logique univoque de blocage, jouent un rôle central dans la conclusion des accords de licence en permettant la monétisation des contenus et favorisent ainsi la diffusion d'œuvres protégées sur Internet 28

Conclusion de la première partie 30

II. Le juste équilibre entre les droits fondamentaux défini par l'article 17 doit être strictement respecté dans sa mise en œuvre 32

A. L'article 17 est conforme aux droits fondamentaux car il prévoit lui-même dans sa mise en œuvre la définition d'un équilibre entre ces droits 32

1. Un acte de partage de contenus protégés par les droits de propriété littéraire et artistique implique la mise en œuvre d'un équilibre entre différents droits fondamentaux mis en cause 32

2. Cet équilibre est précisément celui de l'article 17 de la directive en ce qu'il prévoit la préservation des usages légitimes, dont la portée doit être précisément analysée 37

3. Parmi les usages licites protégés par la directive, les exceptions suscitent légitimement l'attention la plus soutenue 40

B. La préservation des usages licites ne peut justifier une remise en cause du contenu de la directive, qui correspond à un juste équilibre technique, économique et juridique 44

1. Plusieurs projets ont cherché à reconstruire l'équilibre de la directive autour d'interprétations très constructives qui s'éloignent de sa lettre 44

2. Protéger le bénéfice des exceptions ne saurait justifier d'en dénaturer la portée 52

Ces stratégies risqueraient pourtant de vider de leur substance les droits de propriété intellectuelle qu'est censé protéger l'article 17 de la directive. 56

3. La mise en œuvre de l'article 17 ne peut reposer ni sur une préqualification de contenus toujours regardés comme licites ni sur la fixation de seuils quantitatifs permettant d'échapper à tout blocage 56

C. La combinaison des outils de reconnaissance, en amont, et du mécanisme de plainte, en aval, permet une mise en œuvre équilibrée de l'article 17 62

1. Les interventions préventives au moment du téléversement constituent un mode d'action adapté et nécessaire à la mise en œuvre de l'article 17 62

2. Le contrôle préventif des contenus sur la base des mécanismes techniques existants et bien connus, ainsi que des garanties supplémentaires qu'offre la directive, constituent l'équilibre le plus satisfaisant 66

3. Le mécanisme de recours en cas de blocage, d'une part, et la responsabilité des plateformes, d'autre part, doivent rester les deux principaux concepts régulateurs de l'article 17 69

Conclusion de la deuxième partie 71

III. Le respect des équilibres de l'article 17 doit être inspiré par les bonnes pratiques existantes et mobiliser tous les progrès que permet la directive 73

A. Inscrire les garanties essentielles au niveau de la loi tout en permettant une régulation souple au gré de l'évolution de la technique et des usages 74

1. Inscrire la garantie des exceptions dans le texte de transposition français 74

2. Dans le contexte français, donner toute sa place au régulateur dans l'équilibre évolutif de l'article 17 76

B. Donner toute sa place à l'utilisateur en garantissant un système de plainte rapide et efficace 78

1. Garantir le traitement rapide et efficace des plaintes, le cas échéant selon une procédure accélérée 78

2. Engager une réflexion sur le « tri intelligent » des plaintes et des actions, sur une base objective, par la contextualisation des actes de partage 81

C. Encourager le maintien et l'extension des usages acceptés par les ayants droit en accroissant la transparence du système et ses incitations en ce sens 84

1. Améliorer la transparence des règles de gestion des droits 84

2. Favoriser le développement des usages légitimes par l'extension des licences et la responsabilisation des ayants droit 87

Conclusion de la troisième partie 91

Conclusion 94

Annexe I – Lettre de mission 96
Annexe II – Liste des personnes rencontrées 98
Ministère de la culture 98
Plateformes 98
Ayants droit 98
Utilisateurs 100
Annexe III – Liste des propositions 101

Synthèse

L'article 17 de la directive 2019/790/UE constitue une avancée majeure pour l'ensemble des parties prenantes de l'univers numérique. Il définit un régime spécifique de responsabilité en matière de protection des droits d'auteur à l'encontre des fournisseurs de service de partage de contenus en ligne, c'est-à-dire, pour l'essentiel, les plateformes numériques sur lesquelles les internautes partagent une quantité importante de contenus protégés. Il s'agit d'une avancée majeure pour l'application du droit d'auteur dans l'univers numérique, dans un contexte où les plateformes de partage ont longtemps tiré profit de la mise en ligne des contenus protégés par le droit d'auteur et les droits voisins sans les rémunérer à leur juste valeur. Cette réforme permettra d'accentuer la diffusion des contenus sous licence, et profitera ainsi aux utilisateurs comme au secteur créatif et aux plateformes.

Pourtant, sa transposition dans les droits nationaux, ainsi que l'élaboration des orientations que la Commission doit présenter, ont donné lieu à certaines propositions qui remettraient en cause son équilibre. Ces propositions sont fondées sur l'idée selon laquelle la mise en œuvre de l'article 17 causerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, à travers les risques de « sur-blocage » liés à l'utilisation des outils automatiques de détection mis en place par les plateformes pour assurer le respect du droit d'auteur et des droits voisins. Une analyse fondée sur la réalité des pratiques montre toutefois que cette crainte n'est pas fondée.

1. L'examen des bonnes pratiques existantes impose de faire toute leur place aux outils de reconnaissance de contenus dans la mise en œuvre de l'article 17 de la directive

En effet, les outils de reconnaissance des œuvres sont nécessaires à toute régulation sérieuse des contenus sur les plateformes. Présents de longue date sur les plateformes les plus importantes, ils sont la seule option réaliste pour réguler les masses considérables de contenus mises en ligne, dans un contexte où le risque de diffusion de contenus contrefaisants ou de détournement de valeur reste important. Au demeurant, les plateformes utilisent largement les technologies d'analyse des contenus à de multiples autres fins que la protection du droit d'auteur.

Les outils techniques présentent également une grande fiabilité et une réelle flexibilité. Plusieurs types de techniques, en évolution permanente, concourent à la protection du droit d'auteur sur les plateformes, en fonction des contextes et des usages. Les outils de reconnaissance par empreinte, qui constituent, à ce jour, la meilleure technique disponible pour la reconnaissance des contenus vidéo et audio, sont déjà largement utilisés (Facebook, YouTube, Twitch, etc.). Par ailleurs, ces outils sont aussi très fiables. A titre d'exemple, ils tiennent compte d'une correspondance trop limitée entre le contenu et l'empreinte de l'œuvre, en renvoyant l'examen de ces cas à un regard humain.

La définition des règles de gestion par les ayants droit laisse également dans la pratique d'importantes marges aux utilisateurs. Les actes de partage ne sont pas affectés lorsque la règle de gestion choisie par l'ayant droit est celle de la « monétisation » des contenus, c'est-à-dire l'autorisation du partage assortie d'une rémunération. Il s'agit du choix massivement

retenu dans de nombreux secteurs, tels que la musique et, le cas échéant, demain, les arts visuels et la photographie. Elle permet un large partage des contenus, qui pourrait encore se développer grâce à la dynamique impulsée par l'article 17.

Quant aux secteurs qui utilisent les outils de reconnaissance à des fins de blocage, pour privilégier d'autres modes d'exploitation de leurs catalogues, l'étude des pratiques des ayants droit montrent qu'ils mettent fréquemment en œuvre des tolérances substantielles. Les ayants droit ne revendiquent pas l'exercice de leurs droits exclusifs de manière systématique, mais, au contraire, restreignent parfois volontairement l'exercice de leurs prérogatives en adoptant des règles souples de gestion de ces droits. Dans le domaine du cinéma, sont ainsi permis des partages d'extraits qui peuvent aller jusqu'à plusieurs minutes. Cette tolérance s'inscrit dans le sens d'une libre circulation des œuvres, et non de pratiques de sur-blocage de la part des ayants droit. De même, au cours des procédures de contestations introduites par les utilisateurs après une mesure de blocage, les ayants droit choisissent régulièrement de libérer un contenu alors même qu'il ne s'agit pas d'usages entrant dans le cadre d'une exception ou d'une limitation.

Les outils de reconnaissance de contenus, plutôt que des « outils de filtrage » agités comme des épouvantails, constituent en réalité de simples modalités d'application de règles qui sont arrêtées et mises en œuvre dans un cadre qui permet la supervision humaine. Cette supervision peut s'appliquer à tous les stades du processus, depuis la définition initiale de la règle, en amont, jusqu'à l'éventuelle autorisation de diffusion du contenu après revue humaine, en aval.

2. Le juste équilibre entre les droits fondamentaux défini par l'article 17 doit être strictement respecté dans sa mise en œuvre

Si le partage d'un contenu sur les plateformes peut relever de la liberté d'expression, il relève également de la protection des droits de propriété intellectuelle. Le droit de propriété et la liberté d'expression constituant deux droits fondamentaux, leur équilibre doit évidemment être mis en balance et soupesé avec soin. La Cour de justice, comme la Cour européenne des droits de l'Homme, a d'ailleurs adopté des solutions nuancées sur le sujet, qui prennent en compte la nature particulière des droits exclusifs de propriété intellectuelle et les risques spécifiques liés à l'univers numérique.

L'article 17 atteint cet équilibre entre ces droits à travers la garantie des exceptions et le mécanisme de plainte *ex post*. Les exceptions au droit d'auteur – et non une vision plus floue reposant sur tous les usages attendus ou constatés des utilisateurs – sont la clé de l'équilibre entre droit de propriété intellectuelle et liberté d'expression, ainsi que l'a déjà affirmé la Cour de justice. Or l'exercice de ces exceptions doit obéir au test en trois étapes imposé par le 5°de l'article 5 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, dite DADVSI, selon lequel les exceptions et limitations « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Les utilisateurs pourront revendiquer le bénéfice de ces exceptions à travers le mécanisme de plainte rapide et efficace prévu à l'article 17(9) de la directive.

Pourtant, certains projets semblent s'éloigner de cet équilibre et proposer de nouveaux paradigmes, tels que l'existence d'une « obligation de résultat » de ne bloquer aucun contenu dès lors qu'il serait seulement susceptible d'être couvert par une exception, ou l'instauration par l'article 17 d'un droit « *sui generis* ». Outre que ces thèses poseraient vraisemblablement des difficultés par rapport au droit international de la propriété intellectuelle et notamment au test en trois étapes qui trouve sa source notamment dans la convention de Berne, elles ne sont ni conformes avec le texte clair de l'article 17, ni nécessaires.

Les réinterprétations de l'article 17 en découlant – seuils quantitatifs, déblocage sur déclaration des usagers, obligation de résultat en matière de non-blocage ou approche probabiliste imposant le non-blocage en cas d'usage probablement ou manifestement licite– paraissent de plus fort impraticables et dangereuses. L'approche probabiliste des exceptions, qui chercherait à ne bloquer de manière automatisée que les contenus « douteux » ou « probablement illicites », aboutirait, en fait, à une solution moins disante que l'état actuel de l'art et impliquerait, en droit, une appréciation systématique et abstraite des exceptions qui est vouée à l'échec tant la matière requiert en réalité une analyse juridique concrète et complexe. La mise en œuvre d'un déblocage sur déclaration des usagers, parfois appelé « *pre-flagging* » dans les débats, risquerait de mener à la diffusion massive de contenus protégés, sans qu'on voie le garde-fou qui s'y opposerait. Quant à la fixation de seuils quantitatifs en-dessous desquels les contenus ne pourraient être bloqués, elle méconnaîtrait nécessairement la très grande variabilité des secteurs et des contenus.

En réalité, la conjonction d'une mise en œuvre préventive du droit d'auteur – en pleine conformité avec la nature préventive de ce droit rappelé par la Cour de justice – et d'un mécanisme de plainte *ex post* est la seule combinaison satisfaisante. L'absence de blocage d'un contenu qui aurait dû l'être cause une atteinte importante et irréversible au droit d'auteur, du fait notamment de la possibilité de dissémination incontrôlable d'un contenu une fois qu'il est mis en ligne. En revanche, le blocage temporaire d'un contenu faisant l'objet d'un usage non soumis à autorisation préalable peut être levé de manière rapide et efficace après une plainte. Au demeurant, les éléments quantitatifs recueillis par la mission montrent que de tels blocages restent très minoritaires par rapport au volume des actes de partage. La responsabilité des plateformes constitue l'élément final du dispositif de l'article 17 : celles-ci doivent, en dernier lieu, pouvoir être reconnues responsables de l'éventuelle dissémination non autorisée de contenus, si les technologies, leurs moyens et les informations fournies par les ayants droit (notamment dans le cadre des procédures de contestation) leur permettaient de l'éviter.

3. Le respect des équilibres de l'article 17 doit être inspiré par les bonnes pratiques existantes et mobiliser tous les progrès que permet la directive

Les propositions de la mission montrent les possibilités qu'ouvre la mise en œuvre de l'article 17, sur la base de son texte et des bonnes pratiques. Si ses propositions s'appuient sur des modèles existants, la mission insiste sur l'importance d'une approche pragmatique et adaptée aux caractéristiques des secteurs concernés. Les meilleures pratiques existantes doivent être connues et encouragées, sans pour autant être rigidifiées, codifiées ou encore imposées, ni d'ailleurs nécessairement être appliquées de manière uniforme par toutes les

plateformes. La rapidité des évolutions technologiques et économiques rendrait illusoire la fixation de règles à la fois trop précises et uniformes. La flexibilité et une approche volontaire et sur-mesure devront donc prévaloir dans la déclinaison opérationnelle de l'article 17 par les plateformes et les ayants droit.

La mission propose d'abord de modifier le projet de transposition français pour y inscrire formellement la garantie des exceptions. Cette modification, qui n'aurait aucune incidence juridique par rapport au premier projet de transposition, permettrait toutefois de clarifier que les exceptions, notamment celles de citation et de parodie, s'appliquent et peuvent être invoquées *ex post* par les utilisateurs.

Dans le contexte français, le régulateur doit par ailleurs jouer un rôle important. Garant de l'équilibre du dispositif, il jouera notamment un rôle de recours extra-judiciaire pour les utilisateurs souhaitant bénéficier de l'intervention d'un tiers de confiance en cas de blocage qu'ils estiment injustifié. Le régulateur pourra également jouer un rôle pour éclairer les bonnes pratiques, notamment d'un point de vue technique, et formuler des recommandations.

Le traitement rapide et efficace des plaintes permettra de répondre aux préoccupations des usagers, en s'appuyant, le cas échéant, sur un « tri intelligent » (*smart processing*). La mise en œuvre de l'article 17 devrait permettre aux plateformes de s'aligner sur les meilleures pratiques existantes en matière de traitement des plaintes, en garantissant leur prise en compte rapide par les ayants droit. A défaut de réponse dans les délais impartis par les plateformes, la réclamation de l'usager sera satisfaite. De manière plus prospective, le traitement des plaintes pourrait être amélioré par le tri intelligent des demandes, qui permettrait de différencier les actions.

La transparence des règles de gestion des droits sur les contenus pourrait également être renforcée. Cette transparence pourrait être envisagée de manière nuancée, selon plusieurs modalités. La transparence *ex ante* systématique de toutes les règles de gestion sur tous les contenus ne serait sans doute pas possible et serait probablement inexploitable par les utilisateurs. En revanche, la transparence des grandes lignes des règles applicables dans chaque secteur selon les types d'œuvre en cause, par le biais d'une étude des usages entreprise par le régulateur, ou des règles de transparence accrues lors de l'application des mesures de gestion, faciliterait l'acceptation des règles. De même, il apparait nécessaire d'accroître la transparence des algorithmes et solutions techniques mises en œuvre par les plateformes pour protéger le droit d'auteur, vis-à-vis des ayants droit et des utilisateurs, en prévoyant une intervention appropriée du régulateur.

Enfin, le jeu des incitations devrait permettre un développement de l'offre placée sous licence. D'abord, certains secteurs, tels que celui de l'image fixe, doivent pouvoir bénéficier de l'article 17 pour conclure des accords de licence avec les plateformes : cela rappelle que ses dispositions ont pour but premier d'harmoniser par le haut les pratiques, entre plateformes et entre secteurs. Par ailleurs, l'article 17 devrait également permettre de consolider la responsabilité partagée de tous les acteurs. Outre les utilisateurs et les plateformes, il faudra que cette logique de diligences et de responsabilité dans la mise en

œuvre des outils de reconnaissance soit pleinement mise en œuvre, y compris par les titulaires de droits.

Introduction

Les outils de reconnaissance des contenus déployés sur les plateformes numériques de partage sont au cœur d'un débat, qui pour être complexe, soulève des enjeux essentiels pour l'avenir tant du droit d'auteur que des pratiques numériques des citoyens européens. Le débat autour de ces outils et de leur mise en œuvre été particulièrement animé en 2019 lors de l'adoption de la directive européenne sur le droit d'auteur[1], qui a vu s'opposer les partisans et les adversaires de son article 13, devenu maintenant l'article 17.

L'article 17 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur définit un régime spécifique de responsabilité des fournisseurs de service de partage de contenus en ligne, c'est-à-dire, pour l'essentiel, les plateformes numériques qui donnent accès à une quantité importante de contenus protégés par le droit d'auteur partagés par leurs utilisateurs. Il se distingue clairement du régime très favorable des hébergeurs que prévoit la directive sur le commerce électronique de 2001[2], qui était souvent, jusqu'ici, appliquée à ces plateformes par certains tribunaux. Les plateformes seront maintenant responsables d'éventuelles violations du droit d'auteur commises par les utilisateurs, sauf si elles démontrent avoir fait les meilleurs efforts pour obtenir une autorisation, pour prévenir la disponibilité d'œuvres protégées et, en tout état de cause, pour retirer et empêcher un nouveau téléversement de celles qui seraient tout de même partagées sans autorisation.

En adoptant cette disposition, le législateur européen a cherché à favoriser une juste répartition de la valeur entre créateurs et plateformes, tout en encourageant le développement du partage légal de contenus et celui du marché des licences. Une telle ambition a été fortement soutenue par la France tout au long de la négociation de la directive de 2019. Par ailleurs, le législateur européen, dans les dispositions de l'article 17, a veillé à prendre en compte les préoccupations de diverses parties prenantes, par exemple en allégeant les obligations pesant sur les « petites » plateformes ou en prévoyant des garanties dont pourront se prévaloir les usagers dans leurs rapports avec les plateformes et les ayants droit.

C'est pour définir précisément tous les enjeux opérationnels de ce texte complexe, dans le contexte de sa prochaine mise en œuvre, que **le CSPLA, l'Hadopi et le CNC ont conduit une première mission relative aux outils de reconnaissance des contenus**, dont le rapport a été publié le 29 janvier 2020[3].

---

[1] Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

[2] Directive 2001/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

[3] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC, *Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage : état de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus*, 29 janvier 2020. En ligne : https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-proteges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions

Ces travaux ont permis de dresser un panorama des techniques et outils de reconnaissance des contenus utilisés pour protéger le droit d'auteur. Ils ont souligné le rôle de la reconnaissance par empreinte numérique (*fingerprinting*), solution à la fois fiable, souple et éprouvée, déjà mise en œuvre par de nombreux acteurs de l'économie numérique, tout en montrant les apports et perspectives d'autres outils, tels que l'intelligence artificielle. Ce rapport a également cartographié de manière précise les pratiques et les attentes des différents acteurs de l'écosystème des plateformes de partage de contenus. Enfin, il a formulé des propositions pour la mise en œuvre de l'article 17, en soulignant tant le socle d'obligations qu'il imposait que les souplesses de sa mise en œuvre.

Au cours de l'année 2020, **l'actualité de l'article 17 et de la responsabilité des plateformes pour le partage de contenus protégés n'a cessé de se confirmer**, sous au moins quatre angles différents[4].

D'abord, les Etats membres s'engagent progressivement dans la transposition de la directive, qui doit être effectuée d'ici au 7 juin 2021. Certains pays, comme les Pays-Bas[5], la France[6] ou l'Allemagne[7] ont déjà publié des avant-projets ou des projets de textes de transposition, qui révèlent des choix divergents.

Devant la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 17 lui-même a fait l'objet d'un recours en annulation engagé par la Pologne[8], qui conteste la conformité de certaines de ses dispositions à la liberté d'expression. Une audience de plaidoiries s'est déjà tenue devant la Cour, la décision n'étant pas attendue avant le courant de l'année 2021. En parallèle, deux questions préjudicielles pendantes, dans les affaires *YouTube* et *Cyando*, pourraient conduire la Cour à se prononcer sur des questions connexes à celles de l'article 17 dans le cadre juridique antérieur, défini par la directive 2001/29[9].

La Commission européenne prépare également des orientations pour l'application de l'article 17, dont la publication est prévue dans les prochains mois. Ses services ont rendu

---

[4] Pour une approche de l'actualité de l'article 17, v. Alexandra Bensamoun, « L'article 17 de la directive 2019/790 ou le retour à l'opposabilité des droits : une mesure d'équilibre, en équilibre... », *RIDA* n° 267, avril 2020.

[5] https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35454-2.html.

[6] En France, la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière prévoit, en son article 34, l'adoption des mesures législatives de transposition par ordonnances dans un délai de 6 mois.

[7] Projet de transposition rendu public par le ministère fédéral allemand de la justice et de la protection des consommateurs : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_englischeInfo.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (version en anglais du 24 juin 2020) ; projet repris ultérieurement dans une version plus complète le 13 octobre 2020 : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7

[8] Affaire C-401/19 – recours en annulation de la Pologne contre l'article 17(4)(b) et (4)(c) de la directive.

[9] Affaires C-682/18, *LF contre Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* et C-683/18, *Elsevier Inc. v Cyando AG*.

public le 27 juillet 2020 un document de consultation esquissant à cette fin des principes qui ont suscité un vif débat[10].

C'est donc dans l'année qui vient – et sur un fond de divergences d'analyses et de propositions encore profondes – que les Etats membres, les institutions de l'Union et les acteurs économiques concernés vont devoir transposer et mettre en œuvre l'article 17, dans le plein respect de l'équilibre atteint au cours de sa négociation.

Or les outils techniques de reconnaissance des contenus déployés sur les plateformes de partage apparaissent comme un enjeu central des équilibres à trouver. Bien qu'ils ne soient pas mentionnés explicitement par la directive, ils sont très directement visés par la notion de « *meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle* » qui doivent être mis en œuvre par les plateformes si elles entendent échapper à l'engagement de leur responsabilité en cas d'actes de partage non autorisés par les titulaires de droit.

La Commission européenne en faisant de la garantie des utilisations légitimes de contenus, et notamment des exceptions et limitations, un sujet central de son document soumis à consultation, cible les outils de reconnaissance des contenus en précisant que leur mise en œuvre automatique doit être réservée aux seuls cas d'atteintes « probables » au droit d'auteur (« *likely infringing content* »).

Dans ce contexte renouvelé, la mission souhaite, pour son second rapport, **préciser très concrètement le rôle que jouent déjà les outils de reconnaissance des contenus sur certaines plateformes et le rôle qu'ils devraient se voir reconnaître dans la mise en œuvre de l'article 17, en définissant les conditions d'une mise en œuvre équilibrée de cet article.** A cet égard, la mission a la conviction que l'équilibre trouvé par le législateur entre les droits fondamentaux par l'article 17 est parfaitement robuste.

D'abord, la mission rappelle que les outils de reconnaissance des contenus, qu'elle a analysés en détail dans son précédent rapport, constituent des outils indispensables dont le rôle ne doit toutefois pas être surestimé ou diabolisé (1). Les outils de reconnaissance automatiques, notamment d'empreinte numérique, sont largement utilisés par les plateformes à des fins multiples, parmi lesquelles le droit d'auteur. De tels outils sont indispensables compte tenu du volume considérable de contenus téléversés sur ces services et des enjeux de régulation qui s'y attachent. Pour autant, leur caractère automatique n'exclut pas une réelle souplesse ainsi qu'un contrôle humain approfondi sur leur mise en œuvre, qui participe de l'équilibre de l'article 17.

La mission revient ensuite sur les paramètres juridiques de la mise en œuvre de l'article 17, lequel doit être analysé précisément pour en permettre une mise en œuvre fidèle (2). Elle

[10] Commission européenne, *Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, juillet 2020. En ligne : https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder

souligne que le législateur y a défini les conditions d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux en jeu, que sont le droit de propriété et la liberté d'expression. A cette fin, il a notamment pris en compte l'enjeu des exceptions au droit d'auteur, qui ne doivent pas être assimilées à l'ensemble plus large et mouvant des usages tolérés voire attendus. Cet équilibre serait fortement remis en cause par certaines relectures actuelles de l'article 17, et doit au contraire être mis en œuvre sur la base de la volonté claire du législateur.

Pour une mise en œuvre équilibrée de l'article 17, qui permette de développer une dynamique positive autour de la mise à disposition légale de contenus et des licences tout en offrant des garanties à l'ensemble des parties prenantes – ayants droit, plateformes et utilisateurs –, la mission avance enfin des propositions qui prolongent celles de son premier rapport (3). Ces propositions sont articulées autour de trois principaux axes : inscrire les garanties essentielles dans la loi tout en laissant la marge de manœuvre nécessaire aux acteurs et au régulateur ; protéger l'usager par un système de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace ; créer des incitations appropriées au développement des usages légitimes, par la transparence des règles de gestion, l'extension des licences à de nouveaux secteurs et la responsabilisation des acteurs.

I. L'examen des bonnes pratiques existantes impose de faire toute leur place aux outils de reconnaissance de contenus dans la mise en œuvre de l'article 17 de la directive

Les outils de reconnaissance de contenus sont mis en œuvre par des grandes plateformes depuis plus de dix ans. Dès 2007, la plateforme Dailymotion mettait en œuvre des technologies de reconnaissance des contenus musicaux (solution Audible Magic) et vidéo (Ina Signature). La technologie Video Identification, plus connue désormais sous le nom de Content ID, a été largement déployée sur YouTube moins d'un an après son rachat par Google, en 2007. L'entreprise expliquait alors comparer automatiquement les copies fournies par les ayants droit « *à tous les contenus mis en ligne par les utilisateurs, pour rechercher des correspondances* » afin « *d'être sûrs que, lorsque nous déployons des publicités, tous les problèmes de droits ont été réglés* »[11]. En 2010, il y a tout juste dix ans, plus de 100 millions de vidéos avaient déjà été identifiées par le biais de cette technologie sur cette seule plateforme, selon YouTube[12].

Figure n° 1 : présentation faite en 2007 par David King, product manager *pour YouTube, de la capacité de Video Identification de reconnaître un contenu télévisé filmé à l'écran.*

Le déploiement massif de ces outils, dont le fonctionnement n'a cessé de se perfectionner, est ainsi relativement ancien à l'échelle de l'évolution rapide des pratiques numériques, ce qui permet d'examiner leur mise en œuvre avec un certain recul.

Ce recul permet, à partir d'une analyse réaliste du fonctionnement des plateformes à l'égard des technologies de reconnaissance de contenus (I.A), de démystifier le rôle de ces outils dans la mise en œuvre effective du droit d'auteur (I.B).

---

[11] Présentation de l'outil *Video Identification* par David King, *product manager* pour YouTube, 2007. En ligne : https://www.youtube.com/watch?v=xWizsV5Le7s

[12] David King, « Content ID turns three », *YouTube Official Blog*, 2 décembre 2010. En ligne : https://blog.youtube/news-and-events/content-id-turns-three

*

* *

A. L'analyse réaliste du fonctionnement des plateformes de partage montre que le recours à des outils automatisés de gestion est nécessaire pour assurer le respect du droit d'auteur comme pour répondre à d'autres intérêts publics et privés

1. Les plateformes de partage sont des espaces gérés et régulés dont le fonctionnement repose sur des outils automatisés, indispensables compte tenu du volume de contenus partagés et de la multiplicité de leurs sources

i) Les services de partage sont des espaces gérés et régulés par leurs fournisseurs au titre d'une multitude d'objectifs, dont le droit d'auteur n'est qu'un sous-ensemble

Tout en constituant pour leurs utilisateurs un espace d'expression et de création, les services de partage des contenus sont également par nature des espaces gérés par leurs fournisseurs. Les débats sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'économie numérique ont parfois pu occulter ce fait, et donner l'impression que des mesures particulièrement exorbitantes étaient envisagées pour la protection de la propriété intellectuelle. En réalité, la protection des droits de propriété intellectuelle s'inscrit dans un vaste spectre de problématiques, commerciales ou d'intérêt général, dont tiennent déjà compte les plateformes dans leur gestion des contenus.

Dans la gestion de leurs services, les fournisseurs de service de partage font naturellement une place importante à leurs préoccupations commerciales. Bien qu'il puisse exister des services payants, le modèle économique des plateformes de partage repose principalement sur la publicité. Dans la pratique, l'efficacité de leur modèle publicitaire s'appuie, entre autres, sur de nombreuses solutions technologiques – permettant, par exemple, de cibler un consommateur dont l'historique des recherches montre qu'il cherche à acheter un certain produit[13] –, parmi lesquelles les technologies d'analyse de contenus.

Sur le fondement des informations dont elles disposent de cette manière, ces plateformes peuvent donc être amenées à agir sur la monétisation et la valorisation de certains contenus en fonction des attentes des annonceurs. Plusieurs d'entre elles en informent les utilisateurs en leur faisant part des « Règles de monétisation pour le contenu » (Facebook) ou de « consignes relatives aux contenus adaptés aux annonceurs » (YouTube). Les créateurs de vidéos ont parfois critiqué l'étendue de l'application de ces règles, ou se sont demandé dans

[13] Google, « A propos du ciblage de vos campagnes vidéos, *Aide Google Ads* : « *Audiences sur le marché : ces audiences vous permettent de trouver les clients qui font une recherche sur un produit, et pensent sérieusement à acheter un service ou un produit semblable à ceux que vous proposez* ». En ligne (dernière consultation en novembre 2020) : https://cutt.ly/Sg42j3N

quelle mesure la mise en œuvre de ces consignes traduisait effectivement des contraintes relatives au marché de la publicité ou des choix d'ordre éditorial de la plateforme.

Les entretiens de la mission avec des professionnels du secteur, notamment avec les vidéastes, ont montré que ces préoccupations commerciales, pour légitimes qu'elles soient, n'étaient pas dépourvues d'incidence sur les contenus diffusés. A titre d'exemple, une vidéaste rencontrée par la mission mettait au premier plan de ses préoccupations la difficulté de monétiser des contenus féministes, voire tout simplement féminins, correspondant à certains mots clés, tels que « règles ». Plus généralement, la limitation des revenus publicitaires sur des contenus d'intérêt général, traitant de sujets perçus comme « sensibles » au sens large par les plateformes – violence, droits LGBT, etc. – a suscité une attention croissante de leur communauté d'utilisateurs[14]. Ces préoccupations des plateformes quant au contexte éditorial de leurs publicités pourrait encore s'approfondir dans les années à venir, un rapport récent ayant notamment souligné l'importance des enjeux d'image (« *brand safety* ») pour la régulation du marché de la publicité en ligne[15].

Ces plateformes sont également de plus en plus, à la mesure du développement de leur influence, des espaces régulés au nom d'intérêts publics légitimes. La portée donnée à la liberté d'expression sur ces services se définit à la lumière de ces réalités, dans un équilibre dynamique qui n'est aujourd'hui pas entièrement stabilisé.

Facebook a par exemple progressivement édicté des « standards de la communauté »[16] plus détaillés et recouvrant à la fois les discours incitant à la haine, les contenus violents et explicites, le sujet de la nudité et des activités sexuelles chez les adultes, les contenus cruels et indélicats, etc.

En général, les règles imposées par les plateformes à leurs utilisateurs, qui peuvent varier d'un pays à l'autre, relèvent d'enjeux d'importance très variable par rapport à notre législation, de la lutte contre le terrorisme à la nudité en passant par les *spams*. Les plateformes s'y prononcent sur les contenus qu'elles autorisent et ceux qu'elles interdisent et peuvent donc être amenées à supprimer.

Ces règles leur sont propres et ne traduisent pas nécessairement de dispositions législatives ou réglementaires, par exemple : « *Nous définissons une attaque comme un discours violent ou déshumanisant, des stéréotypes offensants, une affirmation d'infériorité, ou un appel à l'exclusion ou à la ségrégation* »[17] ou « *il est interdit de publier des contenus dont l'unique but*

---

[14] V. p. ex., pour une étude centrée sur la « monétisation » des contenus sur YouTube : Robyn Caplan, Tarleton Gillespie, « Tiered Governance and Demonetization: The Shifting Terms of Labor and Compensation in the Platform Economy », *Social Media + Society*, vol. 6.2, juin 2020.
En ligne : https://doi.org/10.1177/2056305120936636

[15] Anne Perrot, Mathias Emmerich, Quentin Jagorel, *Publicité en ligne : pour un marché à armes égales*, rapport à la ministre de la culture et au secrétaire d'Etat chargé du numérique, novembre 2020. En ligne : https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/277709.pdf

[16] Facebook, *Community Standards.*
En ligne (dernière consultation en novembre 2020) : https://www.facebook.com/communitystandards/

[17] *Ibid*. En ligne (dernière consultation en novembre 2020) :

est de provoquer l'engagement (vues, mentions "J'aime", commentaires, etc.) des spectateurs »[18].

Ainsi, les plateformes sont amenées en permanence à gérer – c'est-à-dire en particulier à démonétiser, déréférencer ou supprimer – les contenus qu'elles hébergent, par le biais de solutions technologiques plus ou moins automatisées, selon des critères et des modalités qu'elles définissent en général seules, que ce soit, notamment, au titre du maintien de l'ordre public, de la protection de la sensibilité des utilisateurs, de l'optimisation de leur politique commerciale ou de la sécurisation de leur système d'information.

Depuis plusieurs années, l'Union européenne réfléchit à la manière d'appréhender les contenus illégaux sur Internet en poursuivant l'objectif énoncé dernièrement par le commissaire chargé du Marché intérieur Thierry Breton : *« que ce qui est illégal dans la vraie vie soit illégal sur internet* ». La Commission européenne a récemment présenté une proposition législative[19] visant à améliorer la lutte contre les contenus illégaux ou haineux, ou encore la désinformation, jusqu'alors encadrée par des codes de conduite. D'ores et déjà, la communication du 28 septembre 2017 sur la lutte contre les contenus illicites en ligne et la recommandation du 1er mars 2018 ont cherché à impliquer davantage les plateformes en ligne dans la lutte contre les contenus illicites.

Dans sa communication de 2017[20], la Commission européenne encourageait le recours aux technologies de reconnaissance de contenus, notamment pour lutter contre les atteintes les plus graves aux intérêts publics. Elle soulignait en parallèle que les procédures de retrait définitif devraient prévoir des garanties de réversibilité en cas de décision erronée. Elle considérait ainsi que *« les plateformes ne devraient pas se contenter de réagir aux signalements qu'elles reçoivent mais adopter également des mesures proactives efficaces pour détecter et supprimer les contenus illicites en ligne* », point que reprenait la recommandation de 2018[21]. Elle clarifiait au passage que, quand la directive sur le commerce électronique est applicable, ces mesures proactives n'emportaient pas par elles-mêmes la perte du bénéfice du régime de responsabilité des hébergeurs.

Ce faisant, la Commission reconnaissait la nécessité d'un recours encadré aux outils automatiques, qui constituent un élément essentiel du rôle des plateformes, bien au-delà de la question du droit d'auteur.

---

https://fr-fr.facebook.com/communitystandards/objectionable_content

[18] Google, « Règlement relatif aux interactions artificielles », *Règles YouTube*. En ligne (dernière consultation en novembre 2020) : https://support.google.com/YouTube/answer/3399767?hl=fr&ref_topic=9282365

[19] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur le marché unique des services numériques (*Digital Services Act*) (COM/2020/825 final) du 15 décembre 2020.

[20] Commission européenne, *Lutter contre le contenu illicite en ligne. Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne* (COM (2017) 555 final), communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 29 septembre 2017.
En ligne : https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-555-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF

[21] Commission européenne, *Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne*, 1er mars 2018, p. 14 (point 18).

ii) Les outils automatisés sont inhérents au fonctionnement des plateformes de partage

La nature des plateformes de partage et le volume des contenus partagés rendent impensable de satisfaire les intérêts légitimes en jeu, quels qu'ils soient, sans recourir à des outils automatisés et agissant à titre tant préventif, par un blocage au téléversement, que curatif, à travers le retrait des contenus illicites. Selon YouTube, en 2019, 500 heures de vidéos étaient mises en ligne chaque minute par les utilisateurs[22] : le seul visionnage intégral des contenus demanderait l'intervention de près de 150 000 modérateurs à temps plein[23], sans inclure le temps nécessaire à la qualification des vidéos et à la prise d'action. L'automatisation de l'essentiel de ces actions apparaît indispensable au bon fonctionnement des plateformes.

Les caractéristiques mêmes des plateformes de partage imposent donc le recours à des outils automatisés de gestion, pour assurer le respect du droit d'auteur comme pour satisfaire les autres intérêts publics et privés en jeu. Ces technologies sont destinées à faciliter la détection des contenus susceptibles de contrevenir à leurs conditions d'utilisation. YouTube indique par exemple, dans son règlement de la communauté, que « *comme des centaines d'heures de vidéos sont mises en ligne sur YouTube chaque minute, nous nous appuyons sur les internautes et le* machine learning *(apprentissage automatique) pour identifier à grande échelle les contenus potentiellement interdits. Le* machine learning *est particulièrement adapté pour détecter les modèles. Cela nous permet d'identifier des contenus semblables à ceux que nous avons déjà supprimés, avant même qu'ils ne soient consultés »*[24].

YouTube s'appuie donc depuis plusieurs années sur des technologies de détection d'empreintes, de hachage de fichiers ou de *machine learning* pour empêcher la diffusion et la réapparition d'images à caractère terroriste ou pédophile, tendance qui continue à s'accentuer. Ainsi, cette même plateforme a affirmé avoir pris en 2020 des mesures – notamment en raison des conditions sanitaires – qui consistent à se reposer davantage sur les systèmes de détection automatique pour traiter certaines tâches qui sont d'habitude gérées par des examinateurs manuels[25].

De même, en septembre 2020, YouTube a annoncé renforcer ses efforts en matière de contrôle des contenus destinés au jeune public. La plateforme a décidé de s'appuyer encore davantage sur l'intelligence artificielle et l'apprentissage automatique pour appliquer

---

[22] Interview de Susan Wojcicki, présidente-directrice générale de YouTube, à *60 Minutes*. Cf. la transcription proposée par le site TechCrunch (Connie Loizos, « In '60 Minutes' appearance, YouTube's CEO offers a master class in moral equivalency ») : https://techcrunch.com/2019/12/01/in-60-minutes-appearance-youtubes-ceo-offers-a-master-class-in-moral-equivalency/

[23] Calculs de la mission, sur la base d'équivalents temps plein employés en droit français.

[24] Google, « Comment YouTube identifie-t-il les contenus qui ne respectent pas le règlement de la communauté ? », *Règles YouTube*. En ligne (dernière consultation en novembre 2020) : https://www.youtube.com/intl/ALL_fr/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#detecting-violations

[25] Indications accompagnant le rapport de transparence (*Transparency Report*) de YouTube. En ligne (dernière consultation en novembre 2020) : https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals.

automatiquement, grâce à la technologie, des restrictions d'âge sur les contenus mis en ligne[26].

Pour sa part, Facebook entend à l'avenir utiliser encore davantage la technologie pour prendre des mesures sur les contenus, « *en particulier pour supprimer plus de publications automatiquement*[27] » afin de permettre aux modérateurs de contenus de se concentrer sur les types de contenus qui exigent plus de nuances et de contexte pour prendre une décision.

Les grandes plateformes s'appuient donc d'ores et déjà au quotidien sur des outils automatiques, qui représentent la très grande majorité des actes de modération. Depuis août 2020, Facebook publie un rapport trimestriel intitulé « *Community Standards Enforcement Report* » concernant la modération des contenus sur sa plateforme. Il en ressort qu'en 2019, en ce qui concerne les retraits de contenus interdits sur la plateforme pour des questions autres que le droit d'auteur, 94,8 % des contenus litigieux, soit plus de 355 millions de contenus, ont été détectés et bloqués grâce aux technologies de détection avant même d'avoir fait l'objet de signalements par les membres.

Les taux correspondant aux actions « proactives » (par opposition aux signalements manuels) atteignent même 98,7 % en ce qui concerne la nudité, 99,2 % dans le cas des contenus violents et 99,5 % pour les contenus pédopornographiques. S'agissant des contenus indésirables, tels que les spams et les faux comptes, ce sont plus de 15,3 milliards de signalements qui ont été remontés en 2019 par les outils de surveillance de la plateforme (soit 99,8 % des cas identifiés).

Catégorie de contenus	Nombre de retraits… (en millions)	…dont retraits automatiques (en millions)	Taux de détection automatique	Nombre d'appels par les utilisateurs (en millions)	Taux d'appel
Nudité adulte et actes sexuels	121,50	119,96	98,7%	13,1	10,8%
Discours haineux	21,20	16,13	76,1%	4,7	22,2%
Harcèlement et intimidations	10,90	1,85	17,0%	2,385	21,9%
Contenus en rapport avec les drogues	16,62	16,13	97,0%	0,491	3,0%
Contenus en rapport avec les armes à feu	7,61	6,98	91,8%	0,569	7,5%
Nudité infantile et exploitation sexuelle des enfants	37,40	37,20	99,5%	0,372	1,0%
Organisations dangereuses (terrorisme et mouvements haineux)	27,10	25,93	95,7%	0,728	2,7%

[26] https://blog.YouTube/news-and-events/using-technology-more-consistently-apply-age-restrictions/

[27] Facebook, *Rapport sur l'application des Standards de la communauté, édition de mai 2020*, 16 mai 2020. En ligne : https://about.fb.com/fr/news/2020/05/rapport-sur-lapplication-des-standards-de-la-communaute-edition-de-mai-2020/

Suicide et automutilation	9,50	9,26	97,5%	0,149	1,6%
Contenus violents ou choquants	122,90	121,87	99,2%	1,632	1,3%
TOTAL	**374,73**	**355,31**	**94,8%**	**24,126**	**6,4%**

Figure n° 2 : contenus bloqués par Facebook en 2019[28]

Sur YouTube, toujours en 2019, ce sont 86,8 % des contenus vidéos bloqués – pour des raisons autres que le respect de la propriété intellectuelle – qui ont été détectés automatiquement. Plus de 99,3 % des 1,87 milliards de commentaires supprimés ou filtrés ont été signalés automatiquement par des outils technologiques.

Ces chiffres illustrent et démontrent à quel point le recours aux outils automatisés est indispensable sur les plateformes afin d'éviter qu'une quantité considérable de contenus dangereux ou illicites se retrouve en ligne de façon durable. La garantie des droits de propriété intellectuelle, qui est soumis au même défi quantitatif, ne font pas exception à cette nécessité technique.

2. L'emploi des outils automatiques déployés par les plateformes apparait nécessaire au regard des enjeux de protection du droit d'auteur et des droits voisins

i) Les plateformes de partage continuent d'être utilisées pour accéder illégalement à des contenus protégés

La lutte contre la diffusion illicite de contenus non autorisés sur les plateformes sur la base de notifications *ad hoc* telles qu'envisagées par la directive 2000/31 sur le commerce électronique s'est révélée inefficace. La mise en œuvre des droits de propriété par voie de notifications aux plateformes entraîne une charge administrative et des coûts très élevés, qu'il s'agisse de mobiliser des ressources humaines internes ou de solliciter des prestations externes auprès d'acteurs spécialisés pour effectuer ces notifications[29].

Par ailleurs, la demande de retrait ne couvre que la seule localisation de contenu indiquée dans la notification alors que ce contenu peut être présent ou accessible depuis plusieurs endroits du site ; le contenu illicite peut également reparaître lorsqu'il est remis à disposition par un internaute. C'est d'ailleurs pour pallier ces difficultés que, dès 2012 et par la suite, la Cour de justice et des juridictions nationales[30], telles que la Cour de cassation

[28] Source : Facebook, *Rapport sur l'application des standards de la communauté, op. cit*.
[29] V. à ce sujet : Olivier Japiot, Laure Durand-Viel, *La protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques : les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites*, rapport pour le CSPLA, 19 décembre 2017, p. 14 – 16. En ligne : https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-aeuvres-sur-les-plateformes-en-ligne
[30] CJUE, 16 février 2012, *SABAM c/ Netlog*, aff. C-360/10.

française[31],avaient pu enjoindre à des hébergeurs d'adopter des systèmes permettant de repérer les contenus mis en ligne sans autorisation du titulaire de droits et de les supprimer définitivement en empêchant également leur réapparition pour l'avenir. Plus récemment, la Cour de justice a précisé que des injonctions visant à empêcher de nouvelles diffusions d'un contenu illicite déjà signalé (*notice and stay-down*), qui impliquent donc un devoir de vigilance des plateformes, étaient compatibles avec la directive sur le commerce électronique[32].

Des contenus protégés continuent aujourd'hui d'être consultés illégalement sur les services de partage, en dépit des résultats encourageants qui ont pu être obtenus par les accords passés entre les ayants droits et les plateformes.

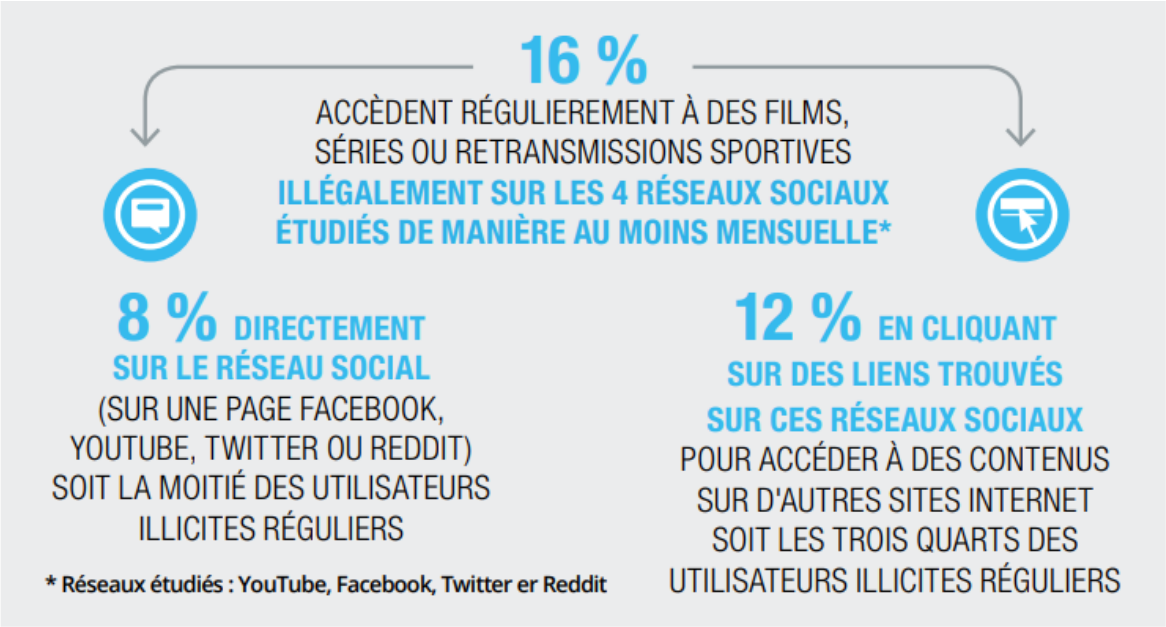

Figure n° 3 : modes d'utilisation des réseaux sociaux par les internautes de 15 ans et plus pour accéder aux contenus de manière illicite, au moins une fois par mois[33]

Ainsi, 8 % des internautes accèdent régulièrement à des films, séries et retransmissions sportives piratés directement sur les plateformes et réseaux sociaux. Les utilisateurs apprécient le confort d'utilisation de ces plateformes et en particulier le fait de pouvoir bénéficier des avis des autres internautes. Dès lors, une part significative entend, à l'avenir, poursuivre ou intensifier ces pratiques.

[31] Cass., 1ère civ., 12 juillet 2012, n° 11-13-666 ; n°s 11-15.165 et 11-15.188 ; n° 11-13.669
[32] CJUE, 3 octobre 2019, *Eva Glawischnig-Pieszczek contre Facebook Ireland Limited*, aff. C-18/18.
[33] Source : Ifop pour Hadopi, *L'accès illicite à des contenus audiovisuels et sportifs via les réseaux sociaux*, 2019.

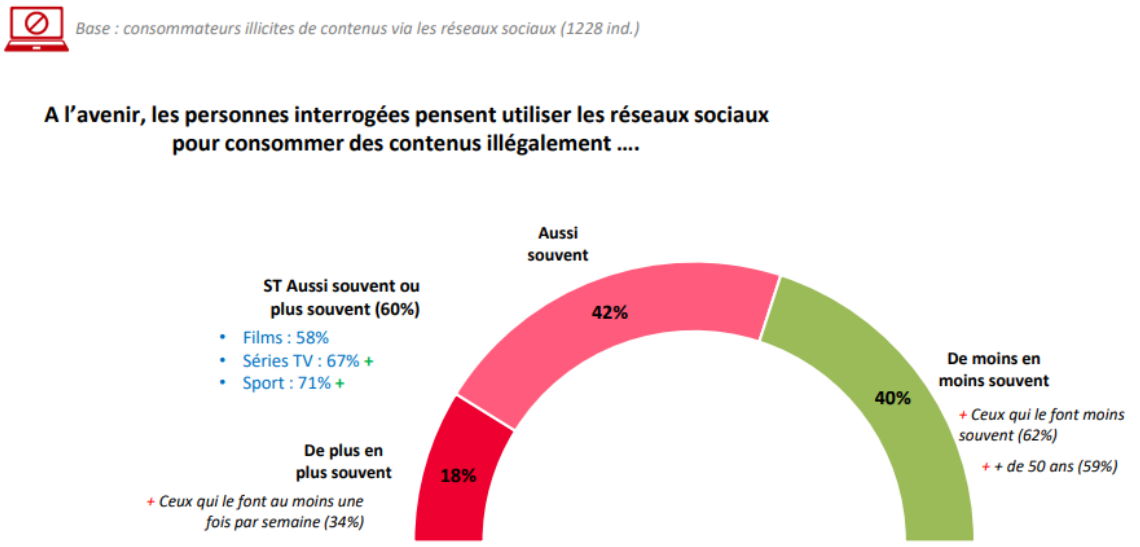

Figure n° 4 : modes d'utilisation des réseaux sociaux par les internautes de 15 ans et plus pour accéder aux contenus de manière illicite, au moins une fois par mois[34]

Comme ont pu le souligner les ayants droit dans le contexte des débats devant le Parlement européen relatifs à la directive 2019/790 du 17 avril 2019, le recours aux technologies de reconnaissance de contenus est le seul moyen de lutter contre les atteintes à leurs droits qui restent importantes et sont impossibles à détecter au cas par cas.

Au regard des pratiques des utilisateurs et de leurs attentes, il est indispensable de maintenir un haut niveau de prévention de la diffusion illicite de contenus protégés sur les plateformes de partage.

ii) La mise en œuvre de technologies de reconnaissance de contenus pour la protection du droit d'auteur depuis plus de dix ans ne se traduit pas par un nombre significatif de blocages discutables ni par un rejet des règles relatives au droit d'auteur

Moins de 1 %

Nombre de correspondances identifiées par le système Content ID en matière de droit d'auteur qui auraient fait l'objet de contestation en 2018.[35]

Des outils automatisés ont été, de longue date, mobilisés par certains opérateurs au service de la protection du droit d'auteur dans une logique purement volontaire, tant vis-à-vis des utilisateurs que des titulaires de droit, sans que soit constaté un nombre alarmant de blocages injustifiés.

La reconnaissance d'œuvres par comparaison d'empreintes numériques est une solution technique fiable et précise, en ce qu'elle s'appuie sur des empreintes de référence de bonne

[34] *Ibid*.

[35] Google, *How Google Fights Piracy*, novembre 2018.
En ligne : https://blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf Bien que ce pourcentage concerne indifféremment blocages et demande de monétisation, il souligne notamment le degré de fiabilité élevé des revendications des ayants droit.

qualité et tient compte de différents facteurs afin de déterminer si le niveau de correspondance entre un contenu analysé et une œuvre identifiée est significatif ou au contraire accessoire. Les échanges de cette mission avec l'Institut national de l'audiovisuel, qui propose la solution de reconnaissance automatique « Signature », confirment que les outils visent, dès la conception, à minimiser les « faux positifs ». Dans une récente analyse des outils automatiques de reconnaissance des œuvres, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) souligne la fiabilité de ces techniques d'empreinte et leur généralisation en matière de protection et de valorisation des droits d'auteur[36].

Cette analyse technique est confortée par les déclarations des usagers.

D'abord, les blocages apparaissent rares à l'échelle du nombre d'actes de partage effectués par les internautes et du nombre d'internautes concerné, alors même que la reprise sans autorisation du contenu de tiers est très fréquente. Il ressort de l'étude conduite par l'Hadopi dans le cadre de la première mission conjointe du CSPLA avec l'Hadopi et le CNC[37] que 43 % des contenus partagés par les internautes sont soit des contenus mixtes, c'est-à-dire intégrant des contenus issus de tiers, soit des contenus contenant exclusivement des contenus issus de tiers. S'agissant des contenus audio ou vidéo, 4 % des internautes ont déjà fait l'objet d'une mesure de blocage, 2 % des internautes l'ont déjà contesté et 1 % des internautes n'a pas obtenu gain de cause après sa contestation.

Ces chiffres laissent penser que le nombre d'internautes ayant illégalement accédé à des contenus protégés sur les plateformes pourrait être deux fois supérieur au nombre de ceux ayant fait l'objet d'une mesure de blocage. La moitié des internautes ayant fait l'objet d'une mesure de blocage l'a contestée et la moitié d'entre eux a obtenu la libération de son contenu. Enfin, seuls 10 % des utilisateurs partageant des contenus issus partiellement ou totalement de tiers, qui sont donc susceptibles d'être couverts par le droit d'auteur ou un droit voisin, ont expérimenté une mesure de blocage.

Ensuite, il est plausible que les contenus restant bloqués après réclamation correspondent, pour beaucoup, à des usages non-autorisés. Bien que les bases soient trop faibles pour étudier de façon détaillée la situation des 1 % d'internautes ayant vu le blocage de leur contenu audio ou vidéo maintenu à l'issue d'une réclamation, il ne paraît pas déraisonnable de conclure, au regard des pratiques de partage et de piratage décrites précédemment, qu'il s'agit très largement d'utilisations d'œuvres qui n'étaient pas licites et donc pas couvertes par une exception ou une limitation.

En effet, alors que les actes de partage impliquent dans des proportions assez proches le téléversement de contenus protégés sans apports de l'internaute ou des contenus dits « mixtes », les mesures de blocage concernent majoritairement la première catégorie

[36] V., sur ce point : EUIPO, *Automated Content Recognition: Discussion Paper – Phase 1 Existing technologies and their impact on IP*, novembre 2020, not. p. 17, 19 et 20. En ligne : https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2020_Automated_Content_Recognition/2020_Automated_Content_Recognition_Discussion_Paper_Full_EN.pdf

[37] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 93.

d'utilisation et dans une mesure nettement moindre l'utilisation de contenus dits « mixtes »[38]. D'ailleurs, 89 % des partageurs bloqués déclarent en avoir compris la raison. Plus précisément, 70 % déclarent avoir tout de suite compris la raison de la réception du message de blocage, et 19 % l'ont comprise après s'être renseigné.

Enfin, sur un plan qualitatif, les outils de reconnaissance bénéficient de plusieurs facteurs d'acceptabilité. L'application de technologies de reconnaissance de contenus aux fins de protection du droit d'auteur se distingue, par exemple (cf. I.A.1), de la gestion automatique des placements publicitaires qui repose sur le croisement de données relatives aux recherches effectuées par les utilisateurs, aux contenus qu'ils consultent habituellement, à la nature de leurs interactions avec les autres utilisateurs, à leurs caractéristiques socio-démographiques, etc. En matière de droit d'auteur, les technologies ne s'appliquent qu'aux contenus partagés et à leurs éventuelles correspondances avec une base de données préexistante. En d'autres termes, leur approche est centrée sur les contenus, et non sur les utilisateurs.

Par ailleurs, le précédent rapport de cette mission a souligné que les internautes comprenaient la légitimité des règles de protection du droit d'auteur sur les plateformes à une très large majorité, proche ou supérieure à 90 % :

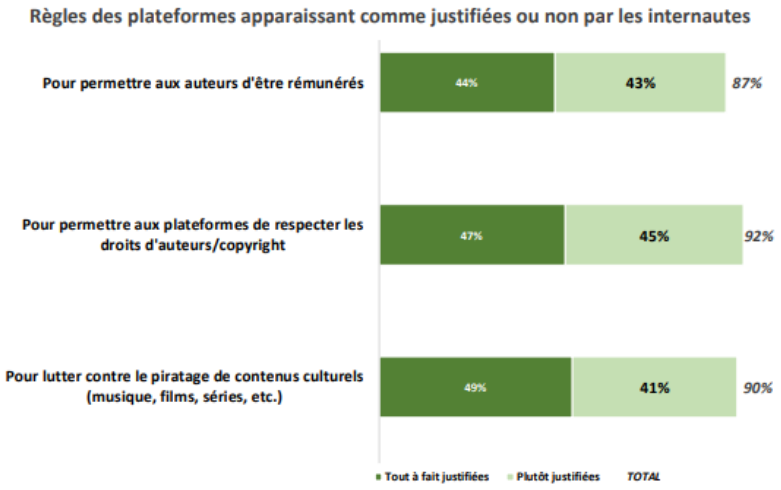

Figure n° 5 : résultats d'une enquête d'opinion sur la perception de la mise en œuvre du droit d'auteur, selon sa justification[39]

Au total, les technologies d'analyse de contenus, mises en place par les grandes plateformes depuis plus de dix ans, sont indispensables à leur fonctionnement reposant sur le partage d'un volume considérable de contenus, qu'il s'agisse de mettre en œuvre leur modèle publicitaire,

[38] Rapport CSPLA, HADOPI, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 95 : « *les messages* [*de blocage*] *reçus* [*par les internautes*] *faisaient suite, dans 51 % des cas, à la mise en ligne d'œuvres originales (c'est-à-dire, des contenus exclusivement d'autres personnes), 29 % des contenus mixtes* »[39] *Ibid.*, p. 92. Source : OpinionWay pour Hadopi.
[39] *Ibid.*, p. 92. Source : OpinionWay pour Hadopi.

de faire respecter les règles qu'elles se fixent, ou d'appliquer le droit d'auteur. Dans le cas particulier du droit d'auteur, la mise en œuvre de technologies peu intrusives, qui a notamment permis d'endiguer le piratage sur les plateformes de partage sans l'éradiquer à ce stade, se traduit par une proportion très faible de blocages contestés.

Sauf à méconnaître cet ensemble de données techniques et pratiques, pourtant très largement étayées, l'utilisation des technologies de reconnaissance de contenus pour la protection du droit d'auteur apparaît comme la seule option adaptée. Bien davantage que le principe de ces outils, ce sont les modalités de leur paramétrage qui conditionnent leur impact sur les usages.

*

* *

B. Démystifier le rôle des outils automatisés de reconnaissance : ces outils, qui sont une infrastructure technique mise au service de décisions humaines, jouent également un rôle clé pour autoriser les actes de partage licites

1. Les outils de reconnaissance sont des solutions technologiques qui traitent les contenus en appliquant les règles qui leur sont associées par les titulaires de droits.

i) Les outils de reconnaissance font appliquer les règles fixées par les ayants droit en interaction avec la plateforme, intégrant déjà une tolérance qui peut aller au-delà du bénéfice des exceptions

Les dispositifs automatisés mis en place par les plateformes dépendent de paramètres définis en amont par une décision humaine. Ils n'ont pas vocation à fonctionner en toute autonomie et sans contrôle. Ces systèmes automatisés obéissent à de nombreuses consignes définies par les titulaires de droit en coopération avec les plateformes. Une grande marge de manœuvre résulte de la fixation par les ayants droit des règles de gestion et du paramétrage des outils mis à leur disposition par la plateforme.

Ce sont les règles fixées par les ayants droit qui jouent un rôle déterminant dans la définition des possibilités de partage laissées aux utilisateurs. Ainsi, même lorsque les outils des plateformes se perfectionnent au point de pouvoir proposer une détection des contenus protégés à partir de 5 secondes ou moins, les ayants droit ont toute latitude pour adopter des règles plus permissives, visant à éviter des blocages injustifiés et à favoriser la diffusion des contenus.

Enfin et surtout, le blocage n'est qu'une des règles qui peuvent être mise en place dans le cadre des systèmes de gestion de droit. Les ayants droit peuvent également choisir de bénéficier des revenus publicitaires tirés de l'exploitation de leurs œuvres. Ce choix est très majoritaire notamment dans le domaine de la musique et on peut penser qu'il pourrait en être de même, dans la mise en œuvre de l'article 17, pour de nombreux titulaires de droits de l'image fixe. Lorsque le choix qui a été fait est celui de la monétisation, la mise en œuvre

préventive des outils de reconnaissance au stade du téléversement ne se traduit pas par un blocage. Les ayants droit conservent une faculté de blocage mais ne l'utilisent alors que dans certains cas précis, résiduels (par exemple, en ce qui concerne les droits des producteurs de musique, pour les titres qui n'ont pas encore été mis sur le marché). Dans les hypothèses de monétisation, les outils de reconnaissance des œuvres ont vocation à permettre la diffusion autorisée des contenus licites, en procédant à une juste redistribution de la valeur entre utilisateur, ayant droit et plateforme.

Ces règles sont parfois plus permissives que ce que requièrent les exceptions au droit d'auteur. Certains ayants droit de l'audiovisuel, notamment dans le domaine du cinéma, ont décidé de ne pas bloquer les actes de partage de contenus, même lorsqu'ils reprennent des extraits de plusieurs minutes d'œuvres de leurs catalogues. Cela permet de faciliter la diffusion de bandes annonces ou d'extraits promotionnels, mais aussi, dans les faits, de répondre à la demande tendant au bénéfice de l'exception de citation. Plus largement, cela permet concrètement aux utilisateurs de bénéficier d'usages qui peuvent ne relever ni d'une autorisation dans le cadre d'une licence formelle, ni d'une exception, mais d'une certaine tolérance prévue par les ayants droit.

A titre d'exemple, les règles de gestion mises en œuvre en France par l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA), dans le cadre du guichet unique proposé aux producteurs audiovisuels, consistent généralement à ne pas bloquer la reprise d'extraits de films allant jusqu'à 5 minutes. Si les informations précises sur les pratiques des grands ayants droit internationaux sont couvertes par le secret commercial, il semble qu'ils définissent leurs pratiques sur la base tant du *fair use* en vigueur aux Etats-Unis que de considérations commerciales qui les incitent à encourager une certaine exposition de leurs contenus sur les plateformes de partage (bandes annonces, extraits).

Au sein même de leur catalogue de contenus protégés, les ayants droit peuvent d'ailleurs ajuster ces règles génériques au cas par cas, afin de correspondre au plus près aux usages : les actions décisives d'une retransmission de rencontres sportives, les reportages d'information des journaux télévisés et les longs métrages peuvent ainsi faire l'objet d'autorisations très variables. Cette flexibilité et cette forte capacité d'ajustement des règles sont nécessairement le résultat de décisions humaines. De telles décisions dépendent des stratégies de chaque ayant droit et peuvent évoluer au cours du temps en fonction de considérations multiples : volonté d'exposition donnée à un contenu, valeur de celui-ci, risque de concurrence pour d'autres modes de valorisation, etc.

Certains ayants droit choisissent également, par exemple, d'autoriser par principe tout extrait d'une durée inférieure à un seuil déterminé, de monétiser tout extrait correspondant à une durée ou à un pourcentage défini d'une œuvre dans certains pays, de valider au cas par cas toute reprise de plus de 5 minutes, etc. Les bonnes pratiques actuelles permettent donc déjà de répondre en grande partie aux besoins que traduisent les exceptions, puisqu'en pratique elles en dépassent même sans doute souvent largement le périmètre strict.

Par ailleurs, s'agissant d'un clip donnant lieu à monétisation ou d'un extrait de film autorisé, la mesure de blocage peut intervenir, indépendamment de la volonté de l'ayant droit, à

l'initiative de la plateforme pour des raisons liées à sa politique éditoriale s'agissant de contenus pouvant contenir des scènes de nudité par exemple.

Il existe de surcroit, une méthode ouverte aux utilisateurs de la plateforme YouTube, soucieux de pouvoir appréhender le sort de leurs contenus avant la publication, qui consiste à tester leur mise en ligne en mode privé, invisible aux yeux du public, avant leur partage en mode public. En cas de situation de blocage ou de démonétisation, ils peuvent soit ajuster leur contenu, soit formuler une réclamation pour justifier d'un usage licite. L'utilisation de cette méthode n'est toutefois mise en œuvre que par un nombre restreint d'utilisateurs, tels que les vidéastes, qui ont un besoin particulier de visibilité sur les règles de gestion et de sécurisation en amont de leurs téléversements pour des raisons surtout économiques. Cette méthode permet à la plateforme et aux ayants droit de réserver une attention particulière aux éventuelles contestations formées par ces utilisateurs en cas de blocage ou de démonétisation de leurs contenus.

ii) Les outils de reconnaissance peuvent permettre une certaine finesse de traitement à l'égard des situations de partage

La comparaison de contenus ne se traduit pas seulement par un résultat binaire (« *hit/no hit* ») mais permet également une revue humaine des cas limites. Les outils de reconnaissance ne se contentent en effet pas d'établir une correspondance ou une absence de correspondance entre un contenu analysé et une ou plusieurs empreintes de référence[40]. La reconnaissance des contenus consiste plutôt à identifier un niveau de similarité avec l'empreinte. En conséquence, lorsqu'une détection potentielle n'atteint pas le seuil requis, elle n'est pas prise en compte automatiquement.

De nombreuses technologies évaluent, en effet, le niveau de ressemblance constaté, selon un système de notation (« *scoring* »). Il s'agit, par exemple, de prendre en compte la durée constatée de la correspondance, le niveau de ressemblance entre le contenu analysé et le contenu original, la qualité du contenu analysé, l'aspect manifestement significatif ou accessoire de l'usage observé, notamment la proportion occupée par un élément identifié au sein du contenu analysé.

Certaines plateformes ne tiennent ainsi pas compte des correspondances lorsque celles-ci ne durent que quelques secondes, le risque de faux positif ou d'interprétation erronée étant important. Sur YouTube, par exemple, lorsque le niveau de certitude d'une reconnaissance n'est pas assez élevé, la plateforme requiert une revue manuelle par le titulaire de droits concerné, afin d'évaluer plus finement si l'usage observé est avéré et s'il est autorisé ou non.

Le paramétrage des empreintes permet aussi de prendre en compte certaines reprises licites de contenus. Les solutions de référence, dont les performances progressent continuellement, sont d'ores et déjà capables d'éviter les sur-blocages liés par exemple à la présence de contenus tiers ou libres de droits au sein d'une œuvre dont l'empreinte numérique est

[40] EUIPO, *op. cit*.

réalisée : présence d'un extrait relevant du domaine public dans une vidéo, inclusion d'un extrait de chanson dans une bande son, etc.

Ces ajustements sont effectués manuellement par les titulaires de droits lors de la création des empreintes, afin que ces dernières ne couvrent que les portions effectivement créées par les titulaires de droit à l'origine des empreintes. En outre, les systèmes automatisés peuvent aussi gérer des listes blanches pour éviter de bloquer, au détriment de l'ensemble des utilisateurs, certains types de contenus susceptibles d'être repris par d'autres.

Les algorithmes de reconnaissance ne se limitent pas à un fonctionnement binaire, ils peuvent prendre en compte un grand nombre de nuances dès leur paramétrage et les appliquer avec beaucoup de finesse lors de la détection de correspondances et de leur traitement.

2. Les outils de reconnaissance, loin de reposer sur une logique univoque de blocage, jouent un rôle central dans la conclusion des accords de licence en permettant la monétisation des contenus et favorisent ainsi la diffusion d'œuvres protégées sur Internet.

i) Le déséquilibre des relations entre les plateformes et le secteur culturel est au cœur du diagnostic sur lequel se fonde l'article 17

Les plateformes ont longtemps été favorisées par le statut protecteur de l'hébergeur dont elles invoquaient l'application, alors même que les contenus culturels représentent une part significative de leur audience. Selon une étude de Roland Berger pour le GESAC, les biens culturels représentaient 43 % des contenus partagés sur ou 18 % des sites visités via Google. Au total, les biens culturels contribuaient selon cette étude directement à 62 % du chiffre d'affaires de ces plateformes Internet[41].

Le marché de la culture en ligne met en concurrence des opérateurs soumis à des statuts juridiques variés et à des conditions commerciales inégales. L'offre culturelle en ligne se caractérise par la coexistence de services qui, du point de vue du consommateur, offrent des fonctionnalités proches, et qui pourtant relèvent de statuts juridiques très différents et, par voie de conséquence, sont soumis à des conditions commerciales inégales.

C'est dans ce contexte qu'est montée en puissance dans le débat public la question du « *value gap* », parallèlement à l'émergence de ces nouveaux acteurs. La Commission européenne relevait pour sa part, dans son étude d'impact préalable à son projet de révision de la directive de 2001[42], que :

---

[41] Roland Berger, *Cultural content in the online environment: Analyzing the value transfer in Europe*, novembre 2015, p. 90, 129 et 189. En ligne : https://authorsocieties.eu/content/uploads/2016/02/report-for-gesac-online-intermediaries-2015-nov-eur.pdf

[42] Commission européenne, *Impact assessment on the modernisation of EU copyright rules*, SWD(2016) 301 final, partie 1, 14 septembre 2016, p. 137 et suivantes. En ligne : https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules

- d'une part, une situation de concurrence inéquitable existe entre des services qui se prévalent du statut d'hébergeur et d'autres qui sont tenus de conclure des accords avec les ayants droit, alors qu'ils s'adressent à un même public pour lui donner accès aux mêmes contenus ; et
- d'autre part, il existe un transfert de valeur inéquitable entre les ayants droit et les plateformes de partage de contenus. A terme, ce transfert de valeur pourrait conduire les ayants droit, qui sont également des créateurs de contenus, à diminuer leurs investissements, au risque de nuire à l'ensemble de l'écosystème de la création.

ii) L'article 17 a vocation à prolonger et élargir une dynamique favorable à la création, qui est déjà engagée sur certaines plateformes

La directive permet d'équilibrer et d'encourager les relations économiques entre plateformes et ayants droit. L'article 17, en replaçant les autorisations des titulaires de droits au cœur du fonctionnement des plateformes de partage, permet le développement d'un cadre dans lequel les plateformes qui font reposer leur activité sur l'organisation et la disponibilité des œuvres seront tenues de rémunérer les titulaires de droits. Il s'agit ainsi de trouver un levier pour rééquilibrer les rapports de force économiques et renforcer la capacité de négociation des ayants droits face aux plateformes. Par ailleurs, l'article 17 doit également mener des plateformes réticentes ou non coopératives à s'aligner sur les meilleures pratiques.

En pratique, cette évolution engagée par l'article 17 devrait favoriser l'attribution aux ayants droit d'une part plus significative des revenus publicitaires dégagés par les plateformes grâce aux actes de partage de leurs propres contenus. La conclusion d'accords équilibrés, et l'incitation financière qui s'y attache, apparaît de nature à inciter les ayants droit à une plus large diffusion de leurs œuvres sur les plateformes, ainsi que la Commission européenne le soulignait dans son étude d'impact sur la directive[43]. Ces nouvelles dispositions devraient ainsi permettre la conclusion d'une série d'accords qui n'avaient pas cours dès lors que les plateformes, n'y étant pas tenues, n'y voyaient probablement pas un intérêt suffisant.

Les outils de reconnaissance permettent la mise en œuvre des licences. D'abord, ces outils permettent aux ayants droit de négocier avec les plateformes, en leur ouvrant la possibilité d'un exercice effectif de leur droit exclusif. Par exemple, l'outil de reconnaissance Signature permet aux plateformes vidéos qui l'utilisent de mettre en œuvre les licences qu'elles auraient signées.

Dans cette perspective, le blocage des actes de partage non autorisés constitue non seulement une faculté qu'utiliseront certains ayants droit, qui peuvent légitimement souhaiter privilégier d'autres modes de diffusion de leurs œuvres, mais aussi un outil de dissuasion entre les mains de tous les titulaires de droit, aux fins de la négociation des accords de licences. En pratique, le blocage n'est en aucun cas l'objectif central du dispositif.

[43] *Ibid*., p. 151 : une option de cette nature pourrait mener les « *ayants droit à autoriser qu'une plus grande part de leurs contenus soit disponible sur des services de partage de contenus* » (notre traduction).

Par ailleurs, la mise en œuvre des licences, qui nécessite un suivi détaillé de la consultation des œuvres dont la diffusion est autorisée, ne peut bien souvent intervenir sans l'utilisation de technologies de reconnaissance de contenus. C'est parce qu'il existe de telles solutions techniques, dont le perfectionnement doit être encouragé, qu'il est possible d'organiser à grande échelle la diffusion des œuvres sur les plateformes de partage. Les outils permettent de reconnaître les contenus sous licence et de veiller à leur monétisation au bénéfice des ayants droit ayant accordé de telles autorisations.

Cette dynamique vertueuse des accords entre plateformes et ayants droit n'est pas une projection optimiste, mais une réalité déjà en construction. YouTube est déjà, grâce à de tels accords, le premier site de streaming musical légal en termes d'audience, et concentre à lui seul près de la moitié des heures dédiées au streaming à la demande. Les usages licites des œuvres doivent permettre non seulement de garantir leur rémunération à l'ensemble des acteurs, mais aussi de favoriser la diffusion des œuvres dans un cadre sécurisé[44].

De surcroît, si ces accords permettent aux organisations représentant des créateurs de percevoir des rémunérations au titre de la reprise des œuvres de leurs membres sur les plateformes, ils permettent également de faire émerger de nouveaux créateurs, eux-mêmes titulaires de droits sur leurs créations originales. Ces créateurs sont d'ailleurs susceptibles d'adhérer à une société de gestion collective, dont les missions facilitent l'exercice effectif des droits par les auteurs et la diffusion licite des œuvres. En particulier, des vidéastes détenteurs de chaînes, notamment sur YouTube, ont rejoint la SCAM et la SACD pour bénéficier de la répartition des droits d'auteur perçus par ces sociétés en application des accords conclus avec la plateforme.

*

* *

Conclusion de la première partie

Les outils de reconnaissance des contenus sont devenus des enjeux importants du débat européen et mondial sur le respect du droit d'auteur en ligne. Ils constituent sans doute, comme l'a montré le premier rapport de cette mission, une avancée technique importante et ils reposent sur une pratique éprouvée depuis plus d'une dizaine d'années. Les blocages et retraits que permettent ces outils suscitent le débat mais ils doivent être replacés dans le contexte d'ensemble, tant de l'écosystème des plateformes de partage que de la mise en œuvre du droit d'auteur.

D'une part, les méthodes de reconnaissance automatique des contenus sont inhérentes au fonctionnement des plateformes, à des fins très diverses. Aucune autre méthode n'est crédible ni adaptée pour assurer la modération des contenus sur les plateformes, eu égard aux volumes d'œuvres qui sont mises en ligne. Non seulement ce contexte n'est pas spécifique

[44] Google, *How Google Fights Piracy*, novembre 2018, not. p. 21 – 22.
En ligne : https://blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf

au droit d'auteur, mais les solutions mises en œuvre pour le droit d'auteur paraissent bien souvent moins invasives, mieux acceptées et techniquement robustes – et ce alors que l'article 17 devrait encore apporter de nouvelles garanties.

D'autre part, le fonctionnement et l'objet même de ces outils, qui ont pu faire figure d'épouvantail dans les débats sur la directive, doivent être analysés précisément dans ce contexte. D'abord, ces outils ne sont « automatiques » qu'en ce qui concerne une étape de leur fonctionnement : ils doivent être paramétrés en amont et leurs résultats en aval, loin d'être binaires, permettent au contraire de cultiver une certaine souplesse dans la mise en œuvre des règles. Ensuite, la directive et son article 17 doivent être lus dans leur équilibre d'ensemble : ils ont pour objet de rééquilibrer les relations économiques entre plateformes et ayants droit, sans préjudicier aux droits des utilisateurs. La mise en œuvre d'un outil de reconnaissance, susceptible de conduire le cas échéant à un blocage, ne constitue qu'un élément de cet équilibre d'ensemble.

C'est donc dans un contexte juridique, économique et politique plus large qu'il convient d'analyser la place que peuvent prendre les outils de reconnaissance dans la mise en œuvre de l'article 17.

II. Le juste équilibre entre les droits fondamentaux défini par l'article 17 doit être strictement respecté dans sa mise en œuvre

Malgré le rôle incontournable qu'ils jouent d'ores et déjà dans le fonctionnement des plateformes de partage et dans la mise en œuvre du droit d'auteur, les outils de reconnaissance automatique des contenus et les mécanismes préventifs de protection de ce droit qu'ils permettent de faire fonctionner n'ont pas le beau rôle dans le débat public. Quoique peu étayées par des données chiffrées ou des exemples concrets, les critiques de prétendues situations de sur-blocage liées à l'utilisation de ces technologies ont trouvé un écho, tant dans les projets de transposition du ministère allemand de la justice que dans le document soumis à consultation par la Commission européenne.

Dans les deux cas, et même si les détails des pistes envisagées sont différents, une idée centrale se dégage qui serait que, eu égard aux dangers que posent les outils de reconnaissance et de blocage, la mise en œuvre de l'article 17 de la directive imposerait de limiter leurs effets pour protéger les usages légitimes prévus par la directive, c'est-à-dire licites et plus particulièrement couverts par le bénéfice pour les utilisateurs des exceptions et des limitations au droit d'auteur. Ont pu à cet égard être notamment envisagés des seuils quantitatifs en deçà desquels le blocage automatisé devrait être interdit, ou des mécanismes préventifs aux mains des utilisateurs qui leur garantiraient la mise en ligne des contenus lorsqu'ils invoquent une exception.

Face à cette idée prise comme une évidence, la mission tient au contraire à souligner que l'article 17 tel qu'il est écrit, repose sur un juste équilibre entre les droits fondamentaux. Il fait une juste place à la protection des usages légitimes des utilisateurs, et notamment des exceptions au droit d'auteur, qui ne justifient aucunement une réécriture du texte qui serait contraire tant à sa lettre qu'à l'intention du législateur, aux engagements internationaux de l'Union européenne et de ses Etats membres et aux enjeux réels que soulève sa mise en œuvre.

*

* *

A. L'article 17 est conforme aux droits fondamentaux car il prévoit lui-même dans sa mise en œuvre la définition d'un équilibre entre ces droits

1. Un acte de partage de contenus protégés par les droits de propriété littéraire et artistique implique la mise en œuvre d'un équilibre entre différents droits fondamentaux mis en cause

i) L'acte de partage d'un contenu protégé se trouve au carrefour de plusieurs droits fondamentaux

La protection du droit d'auteur est aujourd'hui fermement ancrée dans celle du droit de propriété. Les systèmes juridiques de nombreux Etats membres de l'Union européenne

procèdent d'abord à cette assimilation. Dans le cas de l'Estonie, c'est la Constitution elle-même qui prévoit en son article 39 que « *L'État protège les droits de propriété intellectuelle* ». Ailleurs, les cours constitutionnelles ont procédé à une telle interprétation des dispositions générales protégeant la propriété. Pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « *le droit d'auteur (…) est une propriété au sens de l'article 14, 1° de la Loi fondamentale* »[45]. Le Conseil constitutionnel français considère de même que les droits de propriété intellectuelle sont protégés par le droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il justifie de manière remarquable cette position par une perspective historique, en estimant que « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux* »[46], dont les droits de propriété intellectuelle.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a également ancré la protection de ces droits dans le droit de propriété. L'article 17 de la Charte, consacré au droit de propriété, prévoit ainsi en son paragraphe 2 que « *La propriété intellectuelle est protégée.* » C'est encore à cette vision du droit d'auteur que renvoient les considérants des directives 2001/29/CE et 2019/790/UE qui évoquent chacune les droits de propriété intellectuelle comme composante du droit de propriété.

Sur le fondement de l'article 1er du protocole n° 1 (1P1) à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'Homme a également consacré l'assimilation des droits de propriété à un « bien ». Si cette notion autonome du droit de la convention dépasse la notion de droit de propriété au sens des droits nationaux, et notamment du droit français, la Cour considère que l'article 1P1 « *garantit en substance le droit de propriété* »[47]. La jurisprudence de la Cour au sujet du droit de propriété intellectuelle, pour être éparse[48], n'en est pas moins claire. Confirmant en cela la position de la Commission européenne des droits de l'Homme, elle a jugé en formation de grande chambre que l'article 1P1 s'appliquait à la propriété intellectuelle[49].

Cette protection de la propriété littéraire et artistique au titre du droit de propriété, outre ces solides fondements textuels, s'appuie sur de solides arguments. Elle peut d'abord se réclamer d'une tradition philosophique issue des Lumières, et notamment des œuvres de John Locke, pour qui la propriété privée trouve précisément sa source dans le travail créateur. Elle

[45] BVerfG, 1 BvR 765/66.
[46] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 relative à la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
[47] CEDH, plén., 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, aff. 6833/74, para. 63.
[48] Ainsi qu'elle l'a elle-même relevé : CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. contre Portugal*, aff. 73049/01, para. 66.
[49] Arrêt *Anheuser-Busch…* précité, para. 72.

présente d'ailleurs des parallèles pratiques quant à son régime : par exemple, le détenteur du droit d'auteur dispose d'un droit réel, opposable à tous[50].

Pour autant, ce rapprochement des droits des créateurs vis-à-vis du droit de propriété n'est pas parfait. Certaines traditions intellectuelles, notamment en Allemagne, d'abord, remettent en cause la vision propriétariste du droit d'auteur au profit d'une définition moins systématique, dans laquelle le « droit de propriété intellectuelle » est d'abord une série de droits réels spéciaux, qui n'ont pas le caractère absolu et général que la tradition juridique romano-germanique prête au droit de propriété. Ensuite, l'analyse de la jurisprudence témoigne des nuances avec lesquelles cette assimilation est traitée. Ainsi, la Cour de justice a toujours préféré s'appuyer, depuis l'arrêt *UPC Telekabel Wien*[51], sur le seul article 17(2) de la Charte, comme pour autonomiser la propriété intellectuelle par rapport au droit de propriété.

La question de la conciliation du droit d'auteur avec la liberté d'expression a connu une indéniable montée en puissance, qui suscite toutefois des solutions très nuancées. Si la conciliation entre les droits de propriété intellectuelle et la liberté d'expression attire aujourd'hui toutes les attentions, son principe même n'est pas une évidence, pas plus qu'elle ne l'est encore dans tous les ordres juridiques. Par exemple, le principal précédent de la Cour suprême des Etats-Unis en la matière, *Eldred v. Ashcroft*[52], se prononce pour écarter l'application du premier amendement de la Constitution, qui protège la liberté d'expression, à une loi relative au *copyright*. L'avis majoritaire rédigé par R. B. Ginsburg, justifie cette exclusion par deux principales considérations : d'une part, les exceptions au *copyright* constituent une prise en compte interne de la liberté d'expression ; d'autre part, le droit d'auteur lui-même constitue un encouragement à la création qui contribue, de manière positive, à la liberté d'expression.

La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même adopte une approche d'une grande prudence vis-à-vis de cette question. Si elle considère que la diffusion de contenus protégés par le droit d'auteur peut entrer dans le champ de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des droits fondamentaux, qui protège la liberté d'expression, elle juge que les Etats disposent d'une marge nationale d'appréciation étendue sur la conciliation entre le droit d'auteur, composante du droit au respect des biens, et la liberté d'expression[53]. La liberté d'expression n'est donc pas vouée, contrairement à ce qu'avaient pu craindre ou espérer certains, à prévaloir sur les droits patrimoniaux des créateurs[54].

---

[50] V., pour une étude comparative des caractéristiques du droit de propriété et du droit d'auteur : Emilie Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droits anglais, allemand et français*, thèse pour l'obtention du grade de docteur, 2009, 438 pp.

[51] CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12.

[52] Cour suprême des Etats-Unis, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

[53] CEDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres contre France*, aff. 36769/08.

[54] Alexandre Zollinger, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode », *Communication Commerce électronique*, n° 5, mai 2013.

La question de l'articulation entre droit d'auteur et autres droits fondamentaux prend aujourd'hui plus d'ampleur avec l'émergence puis le développement des usages numériques, qui permettent notamment le développement d'œuvres transformatives : « *le régime mis en place pour les atteintes au droit d'auteur sur Internet est (…) né sous le signe des droits fondamentaux*[55] ».

Ces interrogations montantes ont trouvé leur écho dans la jurisprudence française. Ainsi, la Cour de cassation a été, dans un arrêt remarqué, saisie du contentieux opposant un photographe de mode à un artiste qui avait réutilisé ses photographies[56]. Elle a estimé qu'il incombait aux juges saisis d'une action en contrefaçon et, dans ce cadre, d'un moyen en ce sens, de rechercher un « *juste équilibre entre les droits en présence* », à savoir le droit d'auteur et la liberté d'expression. Pour autant, ici encore, cette recherche d'un équilibre n'emporte pas la prééminence de la liberté d'expression sur le droit d'auteur. Au contraire, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles pris sur renvoi dans cette même affaire a adopté une lecture stricte du cadre posé par la Cour de cassation, en considérant que l'artiste ne démontrait pas en quoi l'usage de la photographie litigieuse était nécessaire à sa liberté de création[57]. A notre connaissance, ces arrêts n'ont pas été suivis d'autres décisions abordant de façon aussi frontale et directe cette question.

ii) La jurisprudence de la Cour de justice prend en compte l'ensemble des droits en jeu ainsi que la spécificité du monde numérique

La Cour de justice met en œuvre une technique de conciliation nuancée sur le fondement de l'article 52(1) de la Charte. Cette question se traduit, en toute logique, dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Les droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'il est précisé ci-dessus, y sont protégés par la Charte des droits fondamentaux. Tel est également le cas de la liberté d'expression, en application de l'article 11 de cette Charte. Celle-ci peut toutefois se voir apporter des limites, ainsi que le précise l'article 52(1) de la Charte, si ces limites sont nécessaires et répondent au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

La protection des droits de propriété intellectuelle doit ainsi être mise en balance avec les autres droits fondamentaux, tels que le droit au respect de la vie privée[58], la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression, ainsi que la Cour l'a affirmé dans les arrêts *Scarlet*

[55] Thomas Lemieux, « L'équilibre du droit d'auteur à la lumière des droits fondamentaux, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2018, chronique n° 10. En ligne : http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/lequilibre-du-droit-dauteur-a-la-lumiere-des-droits-fondamentaux/#_ftn74

[56] Cass., 1ère civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, Bull. civ. I.

[57] Christophe Caron, « La balance des intérêts entre les mains des juges du fond », *Communication Commerce électronique*, n° 5, mai 2018.

[58] CJUE, gr. ch., 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06, para. 62, 63 et 65.

et *SABAM*[59]. Cette mise en balance s'effectue de manière pragmatique, ainsi que le démontre la Cour par la méthode employée dans l'arrêt *UPC Telekabel*[60].

Au stade de l'analyse du caractère approprié de la mesure, la Cour vérifie que la mesure envisagée concourt à la protection du droit de propriété intellectuelle, sans pour autant exiger qu'elle empêche absolument la consultation du contenu protégé : elle peut seulement le rendre plus difficile[61]. Cette approche témoigne d'un réalisme bienvenu, aucune approche technique ne pouvant garantir l'inaccessibilité totale d'un contenu. Dans le même temps, elle suscite une tension paradoxale : une mesure sera d'autant plus adéquate qu'elle est généralisée, au risque de susciter des doutes sur sa nécessité et son adéquation.

Lorsqu'elle contrôle la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*, ensuite, la Cour invite les juridictions nationales à une mise en balance globale, qui prend en compte l'ensemble des circonstances de l'espèce. En découle une approche nuancée vis-à-vis des mesures nationales dont elle a eu à connaître par la voie du renvoi préjudiciel. Ainsi, dans son arrêt *UPC Telekabel*, la Cour n'exclut pas, en l'espèce, que la mesure de filtrage en cause au principal puisse priver des utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations : il appartient seulement au juge de renvoi de vérifier si cette privation n'est pas « *inutile* »[62].

Cette analyse fait sa place à la spécificité des droits dans le monde numérique. La Cour de justice a pu prendre en compte la spécificité du fait numérique dans son analyse d'autres régimes de conciliation entre droits et intérêts instaurés par les co-législateurs. L'arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek* illustre ainsi la prise en compte par la Cour du « *risque réel de voir une information ayant été qualifiée d'illicite être ultérieurement reproduite et partagée par un autre utilisateur de ce réseau* »[63]. Ce risque réel permet à une juridiction d'un Etat membre d'enjoindre à un hébergeur de supprimer ou bloquer non seulement l'information qui a été déclarée illicite mais encore les informations dont le contenu serait identique ou équivalent à celui-ci[64].

Les enjeux divergents qui apparaissent dans la jurisprudence de la Cour – conciliation entre les droits, spécificité des atteintes au droit de propriété intellectuelle dans le monde numérique – sont précisément ceux auxquels les co-législateurs européens ont dû faire face lors de la négociation de la directive 2019/790/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique. Ce texte, et notamment son article 17 relatif au régime de responsabilité des plateformes de partage de contenus, traduit une conciliation équilibrée entre ces différents principes et exigences.

---

[59] CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre SABAM*, aff. C-70/10, para. 44 et suivants.
[60] CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12, para. 55 – 63.
[61] Arrêt *UPC Telekabel*, préc., para 62 et 63.
[62] *Ibid*.
[63] Arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook*, préc., para. 36.
[64] *Ibid.*, para. 53.

2. Cet équilibre est précisément celui de l'article 17 de la directive en ce qu'il prévoit la préservation des usages légitimes, dont la portée doit être précisément analysée

i) La protection de certains usages constitue une clé de l'équilibre du dispositif de l'article 17 de la directive

Ainsi que l'avait relevé le précédent rapport de cette mission, la problématique des usages autorisés de contenus protégés par le droit d'auteur constitue un des points d'équilibre essentiels des dispositifs de reconnaissance automatique des contenus, tant du point de vue de leur acceptabilité sociale que de la conciliation entre les différents droits en jeu. Bien que leur importance quantitative doive être relativisée, ainsi que l'ont montré les développements ci-dessus et les précédents travaux de la mission[65], la question des usages qui doivent impérativement être préservés constitue un élément qualitatif central de la mise en œuvre de l'article 17 à travers les outils de reconnaissance des œuvres.

De ce point de vue, et avant même de confronter cette réalité à l'article 17, il convient de distinguer très clairement les différents enjeux que pose l'usage de telles mesures techniques s'agissant de contenus protégés par le droit d'auteur, et notamment la distinction claire en droit et en pratique entre les exceptions et une série d'usages attendus ou tolérés.

Les « usages attendus » peuvent être définis comme une demande sociale des utilisateurs des plateformes, dans le cadre de leur activité de partage de contenus. Ils portent sur des contenus relevant du droit d'auteur qui est un droit exclusif : utilisation de passages d'autres œuvres, extraits visuels présents en arrière-plan des vidéos, détournement de contenus pour réaliser des *mèmes*, etc. Ces usages attendus peuvent naître spontanément des pratiques des utilisateurs, mais aussi des nouveaux formats proposés par les plateformes elles-mêmes : par exemple, TikTok propose à ses utilisateurs de doubler de courtes vidéos par des extraits musicaux. Elles découlent dans une certaine mesure de l'état des techniques : les limites de l'effectivité de la protection du droit d'auteur sur certaines plateformes ont pu faire naître des usages qui paraîtraient illégitimes dans un autre contexte, mais qui s'appuient désormais sur une pratique large et sont à ce titre assez largement attendus.

Une autre catégorie d'usages attendus tient à la monétisation des contenus. Les vidéastes professionnels constituent un public sans doute numériquement relativement restreint par rapport à la grande masse des utilisateurs, mais qui joue un rôle essentiel dans l'écosystème créatif des plateformes. La « démonétisation » d'un contenu par une plateforme ne peut, en soi, être assimilée dans ses effets à une mesure de blocage. Au surplus, les vidéastes professionnels ne peuvent constituer le centre de la réflexion sur l'article 17 puisque par définition, ils ne constituent pas des utilisateurs « *n'agissant pas à titre commercial* » au sens

[65] Laquelle renvoie sur ce point aux pages 129 à 131 de son précédent rapport.

de l'article 17(2) de la directive[66]. Si la question de la démonétisation ne constitue donc pas le cœur du sujet, les attentes des vidéastes et créateurs professionnels doivent toutefois être attentivement prises en compte au titre de l'équilibre global du dispositif.

A côté de ces usages attendus par les utilisateurs, les ayants droit tolèrent des usages qui, bien que relevant de la mise en œuvre de leur droit exclusif et ne donnant pas lieu à autorisation formelle, leur semblent acceptables (« usages tolérés »). Ainsi que cela a été souligné dans la première partie du présent rapport, les ayants droit, en fonction de considérations propres à leurs secteurs ou à leur stratégie commerciale ainsi qu'aux caractéristiques des œuvres, peuvent permettre l'usage de leurs œuvres sans monétisation ni blocage – tel est le cas, souvent, des usages inférieurs à une certaine durée. Les contraintes des outils techniques elles-mêmes contribuent à ajouter une zone grise à ces usages tolérés, bien qu'elles tendent à se réduire à mesure de leur perfectionnement. En effet, les outils de reconnaissance par empreinte ne peuvent reconnaître les contenus en dessous d'une limite qui varie de quelques dizaines de secondes à quelques secondes, selon leur sophistication[67].

Enfin, les exceptions constituent des dérogations à la protection offerte par le droit d'auteur qui sont prévues par le législateur, à des fins diverses ; certaines correspondent, et notamment celles que cite expressément l'article 17(7), à la mise en œuvre interne des libertés fondamentales dans le cadre du droit d'auteur.

Les trois ensembles précités – usages attendus, tolérés et exceptions – ont des rapports complexes. Ils se chevauchent largement, mais imparfaitement : les tolérances peuvent aller au-delà des exceptions, mais en même temps n'en couvrir qu'une partie ; les usages attendus dépassent tant les tolérances que les exceptions, mais certaines règles de gestion fixées par les ayants droit permettent également certainement des usages qui vont au-delà des partages de contenus généralement constatés sur les plateformes, notamment lorsque des limites de durée relativement longues sont posées, par exemple pour les contenus cinématographiques.

[66] Comme l'a indiqué le précédent rapport de cette mission, l'article 17(2) a pour effet d'exclure du mécanisme de transfert de responsabilité aux plateformes les actes de partage qui sont réalisés par des utilisateurs n'agissant pas à titre non commercial. L'autorisation de ces actes relève donc d'une problématique spécifique.
[67] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 47.

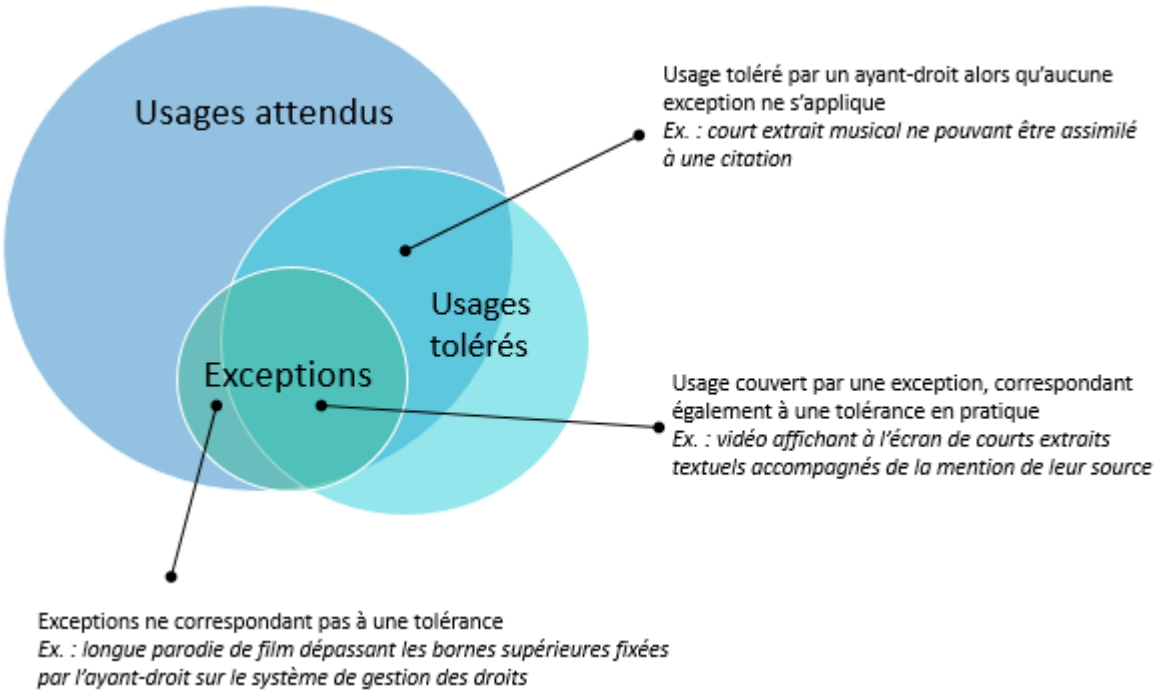

Figure n° 6 : diagramme de Venn simplifié illustrant la coexistence entre usages attendus, tolérés et exceptions s'agissant de contenus protégés par le droit d'auteur

ii) Les paramètres juridiques de la directive, dont les exceptions et les licences, ne doivent pas être confondus avec le fait accompli des pratiques numériques

Cette distinction est essentielle pour poser les débats relatifs aux outils de reconnaissance sur des bases objectives. Les critiques qui peuvent viser ces outils, et plus généralement les mécanismes de garantie du droit d'auteur, se fondent très largement en réalité sur la prise en compte d'« usages attendus ».

Les tolérances des ayants droit, consenties de manière volontaire dans l'exercice de leurs droits exclusifs, répondent déjà à une partie importante de cette demande. Il est probable qu'elles vont s'approfondir et s'étendre avec le temps : la coopération de plus en plus étendue et directe entre acteurs des plateformes et ayants droit, ainsi que l'extension des mécanismes de monétisation, peuvent contribuer à assouplir d'autant plus les pratiques de gestion d'ayants droit qui trouvent finalement leur intérêt au système existant.

Ni cette perspective, ni les tolérances existantes, et encore moins les seules attentes sociales ne peuvent toutefois servir de guide infaillible dans la définition de la conciliation entre droits fondamentaux, sauf à confondre les équilibres de fait et de droit. Il faut distinguer ce qui relève du droit exclusif et des licences – *de jure* ou *de facto*, implicites ou explicites –, qui doivent assurément être développées à la faveur de la mise en œuvre de l'article 17, et ce qui relève des exceptions, et plus largement des usages légitimes au sens de l'article 17, qui sont au cœur de la conciliation à laquelle procède l'article 17.

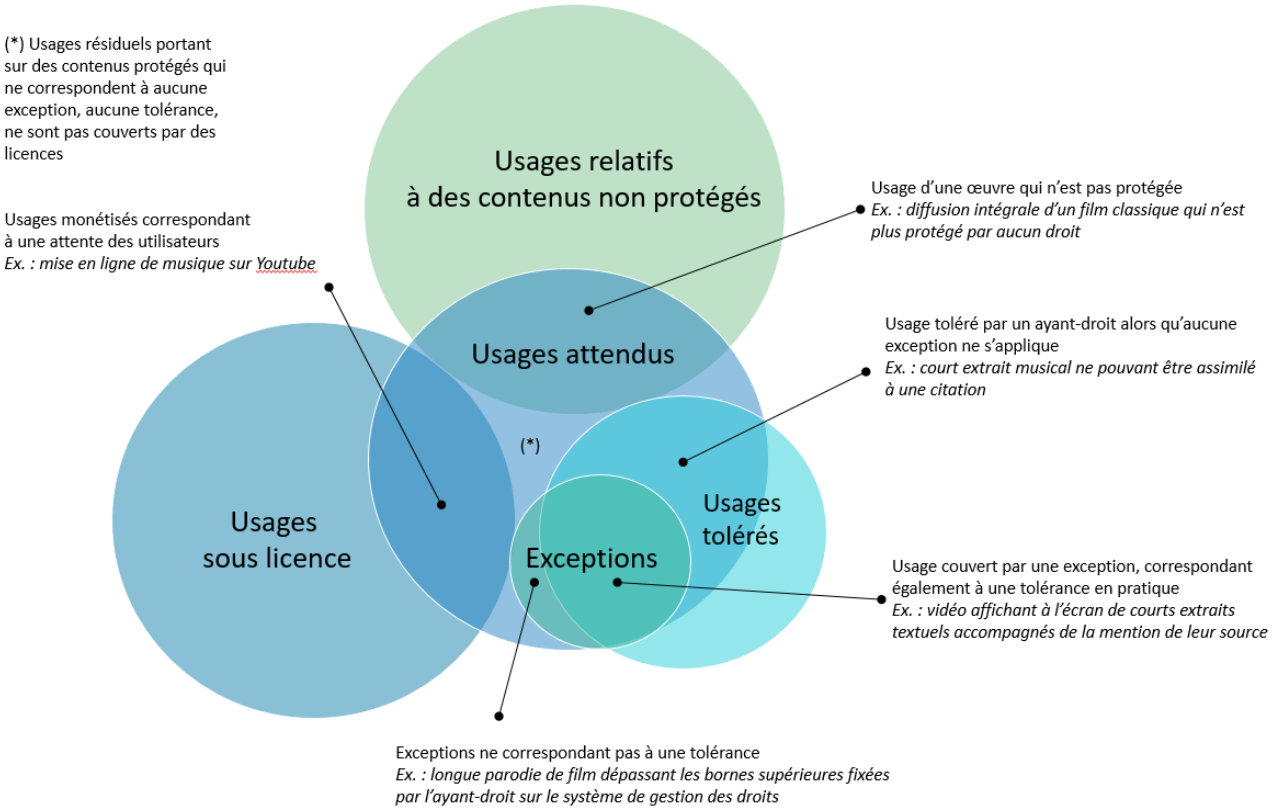

Figure n° 7 : diagramme de Venn illustrant la coexistence entre usages attendus, tolérés, sous licence, exceptions et contenus non protégés

3. Parmi les usages licites protégés par la directive, les exceptions suscitent légitimement l'attention la plus soutenue

i) Les enjeux de la mise en œuvre d'outils de reconnaissance pour mettre en œuvre l'article 17 de la directive se concentrent en réalité sur les exceptions

S'il existe d'autres usages licites que les exceptions, comme souligné ci-dessus, ces autres usages ne posent pas de difficulté majeure dans la mise en œuvre des outils de reconnaissance des œuvres. S'agissant des œuvres dont le partage est autorisé par un titulaire, les outils de reconnaissance permettent précisément de mettre en œuvre cette autorisation, et même d'identifier les éventuelles tentatives d'en contrarier illicitement les effets.

Les œuvres du domaine public posent, à certains égards, des questions plus délicates, certains utilisateurs faisant valoir des expériences de blocage de contenus appartenant au domaine public, notamment en matière de musique classique. Il semble plausible que, dans beaucoup de cas, ces blocages soient liés aux droits voisins protégeant les enregistrements, moins bien connus par les utilisateurs. Quelques usagers signalent par ailleurs des blocages relatifs à des

enregistrements n'étant plus couverts par des droits[68] ou même à des enregistrements originaux.

Toutefois, ces limites ne tiennent pas au mécanisme même des outils de reconnaissance, mais plutôt à la gestion des droits et à la bonne identification des contenus utilisés. La question d'une revendication abusive, au demeurant, se pose également dans le cadre d'un système de notifications par l'ayant droit : les outils de reconnaissance ne sont dès lors pas en eux-mêmes à l'origine de la difficulté. Les éventuels abus dans la revendication de contenus qui seraient en réalité dans le domaine public appellent plutôt à responsabiliser les personnes se présentant comme ayants droit qui feraient un usage abusif des outils (cf. III.C) qu'ils ne remettent en question l'économie même du dispositif technique.

Par ailleurs, la directive prévoit, en son article 17(4) et dans le cadre du régime de responsabilité qu'elle institue, que les plateformes ne garantissent l'indisponibilité d'une œuvre « *spécifique* » que si elles ont reçu les « *informations pertinentes et nécessaires* ». Cette condition instituée à la mise en œuvre des « *meilleurs efforts* » des plateformes à cette démarche de l'ayant droit, combinée à une logique de responsabilisation de l'ensemble des acteurs dans le contexte plus transparent que dessinera l'application de la directive, est de nature à limiter les revendications illégitimes de contenus.

Le rôle des outils de reconnaissance dans le cadre de la mise en œuvre des exceptions et limitations, en revanche, impose un examen particulièrement attentif, eu égard à l'importance que leur ont reconnues tant le législateur que la Cour de justice.

ii) L'existence des exceptions constitue une garantie des droits et libertés fondamentaux, comme l'a voulu le législateur dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour et dans le respect des conventions internationales

Ces exceptions jouent en effet un rôle important dans l'équilibre global régissant la protection du droit de l'auteur en droit de l'Union, ainsi qu'il ressort aussi bien de la jurisprudence de la Cour de justice que de l'équilibre atteint par le législateur en 2019.

La Cour de justice considère que les exceptions traduisent par elle-même la conciliation des libertés, telles que la liberté d'expression, avec le droit d'auteur. La Cour de justice a confié un rôle important aux exceptions dans son interprétation de la directive 2001/29, qui éclaire également la compréhension de la directive 2019/790. Ainsi qu'elle l'a jugé dans l'arrêt *Pelham*, « *les mécanismes permettant de trouver un juste équilibre entre ces différents droits et intérêts sont inscrits dans la directive 2001/29 elle-même* », notamment par les exceptions et limitations prévues aux droits d'auteur[69]. Afin de parvenir à cette conclusion, la Cour s'est

[68] V. p. ex. Ulrich Kaiser, Bernd Fiedler, « Can Beethoven send takedown requests? A first-hand account of one German professor's experience with overly broad upload filters », *Wikimedia Foundation*. En ligne : https://wikimediafoundation.org/news/2018/08/27/can-beethoven-send-takedown-requests-a-first-hand-account-of-one-german-professors-experience-with-overly-broad-upload-filters/

[69] CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, *Pelham c/ Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, aff. C-476/17, para. 60.

notamment appuyée sur l'objectif d'harmonisation poursuivi par la directive et sur l'objectif de sécurité juridique.

A la lumière de cette analyse, les exceptions (et les limitations) sont le moyen qu'a retenu le législateur européen pour garantir les droits et intérêts des utilisateurs, notamment leur liberté d'expression, dans le cadre qu'il a fixé. Certaines exceptions au droit d'auteur sont d'ailleurs classiquement analysées, en droit interne français, comme relevant d'une telle approche[70]. La Cour de justice en a déduit que, si les exceptions à une règle générale devaient en principe faire l'objet d'une interprétation stricte, il fallait toutefois réserver un sort spécial aux exceptions qui visaient à garantir le respect de droits fondamentaux, auxquelles il convenait de donner une interprétation propre à sauvegarder leur effet utile et leur finalité[71].

Le régime du droit d'auteur en droit de l'Union prévoit un équilibre interne entre droit d'auteur et liberté d'expression, à travers les exceptions, prévues par le législateur lui-même. Cet équilibre interne, jugé satisfaisant par la Cour, exclut que l'invocation de la liberté d'expression permette de mettre en échec le régime du droit d'auteur. Comme le soulignait l'avocat-général Szpunar dans ses conclusions sur l'arrêt *Pelham*[72], les droits fondamentaux sont une « *sorte d'*ultima ratio*, qui ne saurait justifier de se départir du texte des dispositions pertinentes qu'en cas de violation flagrante du contenu essentiel d'un droit fondamental.* » La doctrine, y compris critique, a constaté que la Cour de justice avait entendu exclure que les droits fondamentaux des usagers puissent jouer le rôle d'une « *limitation externe aux droits exclusifs des ayants droit au-delà de la liste fermée d'exceptions et limitations* »[73].

Ainsi que l'écrivent Alexandra Bensamoun et Pierre Sirinelli, au terme de cette construction jurisprudentielle de la Cour de justice, la liberté d'expression, « *loin d'être marginalisée,* [est] *internalisée* » : « *elle intègre le jeu « normal » du droit d'auteur* » par la pleine mobilisation de ses « *ressources internes* »[74].

L'équilibre voulu par le législateur et inscrit dans la directive 2019/790 s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de justice. L'article 17 de la directive donne en effet une place particulière aux exceptions comme garantie interne de la liberté d'expression. L'article 17(7) prévoit, d'une part, que les usagers pourront se prévaloir des exceptions applicables dans leur pays et, d'autre part, qu'ils pourront en tout état de cause se prévaloir des exceptions

---

[70] V., pour une typologie des exceptions selon leur justification : Jean-Michel Bruguière, Michel Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Dalloz, 2019.

[71] CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-469/17, para. 69 à 71.

[72] Para. 98.

[73] Thom Snijders et Stijn van Deursen, « The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019 [notre traduction]. En ligne : https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-019-00883-0.

[74] Alexandra Bensamoun et Pierre Sirinelli, « Chronique de jurisprudence. Exceptions (en général et en particulier), droits, liberté d'expression… : « je t'aime, moi non plus… » », *Revue internationale du droit d'auteur*, n° 01/2020, vol. 263, p. 93 – 114. En ligne : https://www.la-rida.com/fr/node/3504.

existantes de parodie et citation. Cela révèle l'objectif du législateur de garantir qu'un « noyau dur » d'exceptions liées à la liberté d'expression puisse être protégé en toutes circonstances.

Ainsi, l'article 17(7) contribue à renforcer la protection de la liberté d'expression par le droit de l'Union européenne. En effet, en application de l'article 5 de la directive 2001/29/CE, les Etats membres n'ont pas d'obligation de mettre en place les exceptions de parodie, pastiche et de citation dans leur droit interne. L'obligation de parodie n'est ainsi pas transposée, ou formellement transposée, dans l'ensemble des Etats[75]. Par ailleurs, les processus de plainte sur les plateformes ne permettent pas toujours de se prévaloir formellement d'une exception au droit d'auteur.

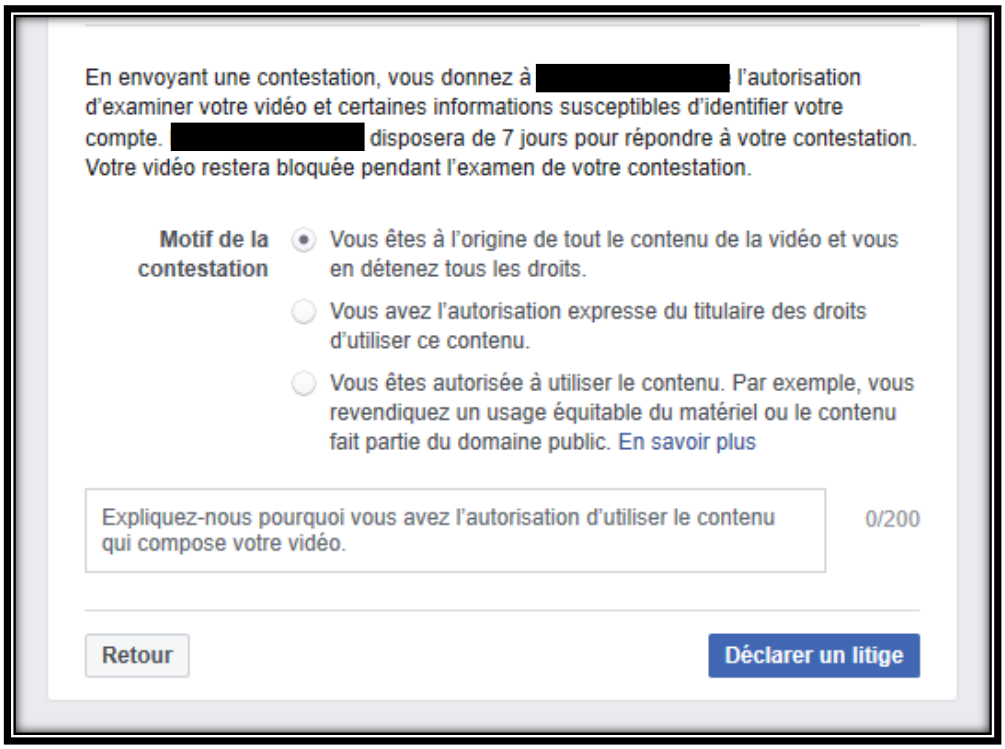

Figure n° 8 : capture d'écran d'une étape du processus de contestation en cas de blocage du partage d'un contenu sur Facebook

En cherchant à permettre aux usagers de bénéficier d'exceptions harmonisées dans le cadre de leurs relations avec les ayants droit et les plateformes, le législateur approfondit la contribution des exceptions à la garantie de la liberté d'expression.

Le principe même des exceptions, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice, assure un rôle de tempérament interne dans l'application du droit d'auteur. La mise en œuvre

[75] Jean-Paul Triaille *et al.*, *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, 2013, p. 476 et suivantes. En ligne : https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9ebb5084-ea89-4b3e-bda2-33816f11425b ; Andrea Renda *et al.*, « The Implementation, Application and Effects of the EU Directive on Copyright in the Information Society », *CEPS Special Report* n° 120, p. 161. En ligne : https://www.ceps.eu/ceps-publications/implementation-application-and-effects-eu-directive-copyright-information-society/

des exceptions dans le cadre de l'article 17 suscite en revanche davantage de débats, autour de deux visions divergentes. Elles peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- selon la première vision, tout contenu téléversé, dès lors qu'il est *prima facie* susceptible d'être couvert par une exception, doit absolument faire l'objet d'une mise en ligne immédiate. Il en résulte que les outils de reconnaissance automatique des œuvres, dont le fonctionnement est incompatible avec un tel postulat en l'état actuel de l'art, ne peuvent jouer qu'un rôle subalterne dans la mise en œuvre de l'article 17 ;
- selon la seconde vision, il est essentiel que les exceptions puissent être protégées efficacement en aval, par la remise en ligne rapide des contenus qui seraient couverts par l'une d'elles. En revanche, en amont, la protection des droits prévue par la directive implique que leur mise en œuvre par le biais des outils de reconnaissance puisse conduire, dans un nombre de cas à limiter autant que possible, et où les tolérances mises en place par les ayants droit ne seraient pas déjà suffisantes, au blocage temporaire d'un contenu qui se révélera *in fine* légal.

Ces deux visions des exceptions, et plus largement des usages licites de contenu non autorisé, conduisent à des mises en œuvre très différentes de l'article 17 de la directive, dont les conséquences et la faisabilité doivent être soigneusement envisagées.

*

* *

B. La préservation des usages licites ne peut justifier une remise en cause du contenu de la directive, qui correspond à un juste équilibre technique, économique et juridique

1. Plusieurs projets ont cherché à reconstruire l'équilibre de la directive autour d'interprétations très constructives qui s'éloignent de sa lettre

La transposition de la directive et l'élaboration des orientations prévues à l'article 17(10) de celle-ci ont donné lieu, quitte d'ailleurs à passer sans doute un peu vite sur l'étape d'analyse des bonnes pratiques qui s'imposait, à des réflexions sur la manière de mettre en œuvre le cadre posé par la directive. Ces réflexions sont allées jusqu'à introduire des concepts entièrement nouveaux, qui ne correspondent pas de manière évidente au cadre posé par le législateur. Elles s'inscrivent dans la lignée de certaines réflexions universitaires[76,77] et de propositions faites par des organisations de représentation de la société civile.

---

[76] V. par exemple, pour une interprétation proche de l'actuel projet de transposition allemand : João Quintais *et al.*, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics*, 11 novembre 2019. En ligne : https://ssrn.com/abstract=3484968

[77] Maxime Lambrecht, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive », Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, *JIPITEC* 68, 2020. En ligne : https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-1-2020/5080.

i) La notion de contenu probablement illicite ou contrevenant, pas plus que la pré-identification des contenus, n'apparaissent dans la directive

Les premières orientations de la Commission proposent de distinguer entre contenus probablement licites ou illicites. Au cours du processus d'élaboration des orientations prévues à l'article 17(10) de la directive, la Commission européenne a proposé que le blocage d'un contenu protégé par un droit de propriété intellectuelle et qui n'est pas placé sous licence ne puisse survenir que dans l'hypothèse où le contenu paraisse « *probablement illicite* » (*likely infringing*).

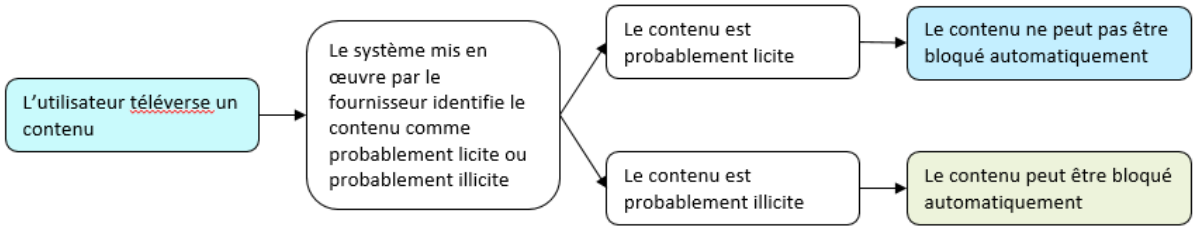

Figure n° 9 : logigramme illustrant la phase amont du processus, selon les orientations envisagées par les services de la Commission européenne

La Commission avait déjà proposé dans un *non paper*, au cours des négociations entre le Parlement et le Conseil, un dispositif dans lequel le maintien en ligne des contenus licites serait garanti et le recours aux outils automatiques restreint autant que possible, tandis que les contenus mis en ligne par des utilisateurs « amateurs » ne feraient l'objet d'aucune responsabilité[78]. En substance, telle est encore la position qui semble être la sienne, si l'on considère que les contenus des utilisateurs « amateurs » ne seraient pas « *probablement illicites* ». Toutefois, ce dispositif n'ayant pas été repris par les co-législateurs, on peut s'étonner qu'il soit envisagé de le réintroduire dans l'article 17 de la directive au stade de sa mise en œuvre.

Les projets de transposition du ministère allemand de la justice proposent quant à eux un système de prévention du blocage des contenus, à la discrétion des utilisateurs. Dans un esprit proche mais par des moyens distincts, le premier projet de texte de transposition mis en ligne par les services du ministère allemand de la justice et de la protection des consommateurs proposait que les usagers identifient au moment de la mise en ligne qu'un de leurs contenus est susceptible de relever d'une exception (*pre-flagging*). Les contenus ainsi identifiés par l'usager ne pourraient pas être bloqués, ni retirés après notification par l'ayant-droit, sauf dans le cas où cette identification serait évidemment erronée.

[78] « *3. Non infringing content should remain on the platform online. / 4. Automatic blocking, although non forbidden, should be avoided as much as possible.* »
En ligne : https://www.documentcloud.org/documents/5498038-article-13-trilogue-proposal.html.

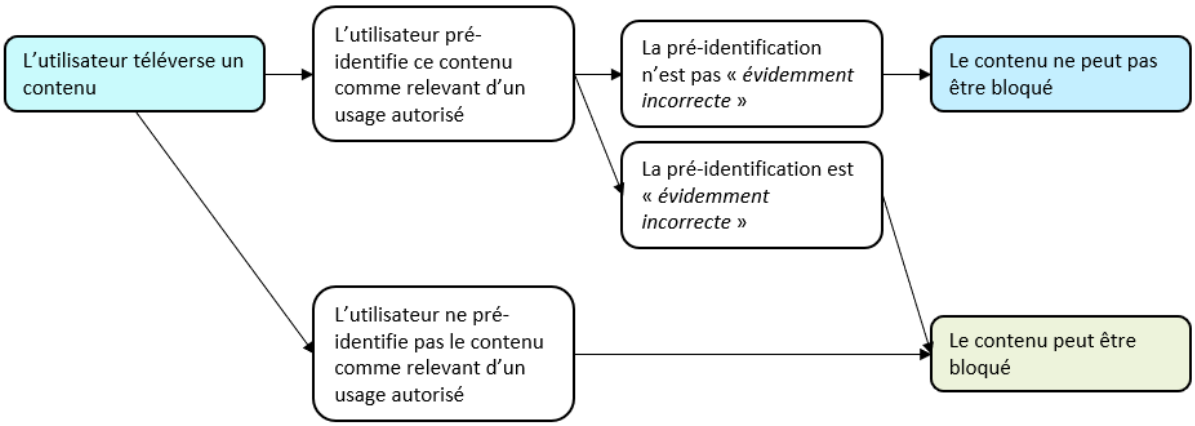

Figure n° 10 : logigramme illustrant la phase amont du processus, selon le premier projet de transposition du ministère allemand de la justice et de la protection des consommateurs

Ce dispositif a été raffiné dans un nouveau projet de transposition rendu public en octobre 2020, qui conserve l'essence du mécanisme tout en modifiant à la marge son équilibre dans le temps. Dans la nouvelle version, l'identification par l'usager du contenu relevant d'un usage autorisé n'est pas effectuée *ex ante*, mais seulement au moment où la possibilité d'un blocage est identifiée par la plateforme. Cette nouvelle version conserve toutefois la caractéristique essentielle du précédent dispositif : la capacité laissée à l'utilisateur d'empêcher le blocage de manière purement déclarative.

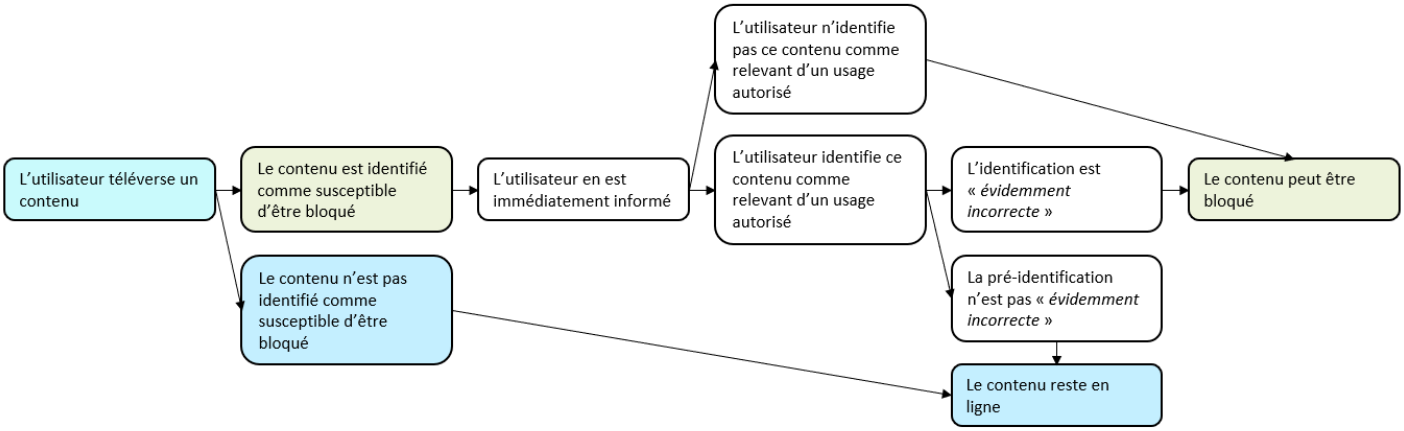

Figure n° 11 : logigramme illustrant la phase amont du processus, selon le second projet de transposition allemand

ii) L'article 17 n'impose pas d'« obligation de résultat » de ne jamais bloquer un contenu susceptible d'être licite

Certains membres de la doctrine ont proposé une interprétation selon laquelle l'article 17 instaurerait une obligation de ne jamais bloquer un contenu dont l'utilisation serait susceptible d'être licite.

Cette approche semble procéder d'une interprétation de son paragraphe 7, ainsi rédigé :

> « *La coopération entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits ne conduit pas à empêcher la mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés téléversés par des utilisateurs qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation*. »

Cette « obligation de résultat » est parfois mise en vis-à-vis de l'« obligation de moyens » qui serait celle des plateformes dans le cadre de l'article 17(4)(b). Toutefois, une telle interprétation ne peut emporter la conviction.

D'abord, cette interprétation de l'article 17(7) serait contraire à l'objet de la directive, à ses dispositions, et au contexte plus général du droit de l'Union. Premièrement, une « obligation de résultat » de ne jamais bloquer un contenu licite contredirait l'objet même de l'article 17. Celui-ci, avant même d'organiser un régime de responsabilité, vise à soumettre les actes de communication de la plateforme au respect du droit exclusif. En application de cet article, la plateforme doit donc respecter le régime d'autorisation.

L'existence d'une « obligation de résultat » de ne pas bloquer tout contenu susceptible d'être licite aurait pour effet, quant à elle, d'autoriser la mise en ligne et le maintien en ligne de contenus dont l'utilisation est pourtant illégale. En effet, les exceptions au droit d'auteur ne sont pas définies par des critères facilement mesurables *ex ante* (cf. ci-dessous) : tout contenu téléversé sur une plateforme est, dans l'absolu, susceptible d'être couvert par une exception. Suivre ce raisonnement mènerait donc à rendre impossible le blocage de l'ensemble des contenus, au motif qu'il n'est pas entièrement impossible qu'ils soient couverts par une exception. Un tel résultat serait donc frontalement contraire à l'objectif central qu'a poursuivi le législateur : celui de soumettre au droit d'auteur et aux droits voisins les partages de contenus sur des plateformes en ligne.

Deuxièmement, l'interprétation de l'article 17(7) comme créant une « obligation de résultat » de ne jamais bloquer un contenu licite serait contraire à l'économie générale de cet article et à ses stipulations. En effet, l'article 17(7) prévoit que les ayants droit et les plateformes veillent à prévenir les hypothèses éventuelles et exceptionnelles de surprotection des droits d'auteur, dans le cadre d'une collaboration qui découle elle-même de l'obligation de respecter le droit d'auteur : c'est la « *coopération entre les fournisseurs de service (…) et les titulaires de droits* » qui « *ne conduit pas à empêcher* » les actes licites de partage. Une rédaction aussi générale ne peut fonder une obligation de résultat.

Dans le même ordre d'idées, il convient de constater que le législateur n'a prévu aucune sanction spécifique de l'éventuel blocage de contenus licites, ce qui semblerait paradoxal s'il avait véritablement entendu instituer une obligation de résultat.

Troisièmement, l'interprétation de l'article 17(7) comme créant une « obligation de résultat » de ne jamais bloquer un contenu susceptible d'être couvert par les exceptions serait incompatible avec les autres normes applicables au droit d'auteur.

D'abord, les principes de la mise en œuvre des exceptions ont été posés par le 5° de l'article 5 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 dite DADVSI selon lequel les exceptions et limitations « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Cette formulation suffit à souligner que la simple possibilité que l'usage d'un contenu entre dans le champ d'une exception ne justifie en aucun cas le renversement de la logique, au détriment du droit exclusif.

L'interprétation des exceptions est également circonscrite par le test en trois étapes tel qu'il est prévu par le droit international. Une obligation de ne jamais bloquer le partage de certains types de contenu mènerait à la diffusion à grande échelle de contenus non autorisés, et contreviendrait donc à la protection de l'exploitation normale de l'œuvre. Elle serait donc susceptible de méconnaître plusieurs normes de droit international de la propriété intellectuelle, notamment la convention de Berne, le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur (WCT) ou l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

La seule lecture cohérente de l'article 17(7) consiste donc à y voir une disposition dont la mise en œuvre s'organise dans un cadre volontaire, mais qui est combinée avec d'autres mécanismes, notamment le système de plaintes. Un régime de mise en œuvre de la protection des exceptions au droit d'auteur faisant l'objet d'une mise en œuvre volontaire n'est pas sans précédent en droit de l'Union. Les termes de l'article 17 sont proches de ceux de la directive sur le droit d'auteur de 2001, s'agissant des cas de surprotection engendrés par l'usage de mesures techniques de protection (MTP) et qui feraient obstacle au bénéfice de certaines exceptions. Son article 6 prévoit ainsi que les MTP sont dotées d'une protection juridique contre toute forme de contournement, et que les ayants droit s'assurent, par le biais de mesures volontaires, que les tiers puissent bénéficier des exceptions. Ce n'est qu'en l'absence de telles mesures que les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour assurer le bénéfice des exceptions. Cette approche a précisément été confirmée dans un considérant de la directive 2019/790[79].

Enfin, la garantie des exceptions repose d'abord sur le mécanisme de plaintes. Enoncée sous forme de principe général à l'article 17(7), la protection des exceptions est principalement mise en œuvre par l'article 17(9) et le système de plaintes, ainsi que le rappelle le considérant 70 de la directive. L'importance donnée par le législateur à l'efficacité de ce mécanisme

[79] « *(7) La protection des mesures techniques prévue dans la directive 2001/29/CE reste indispensable pour assurer la protection et l'exercice effectif des droits conférés aux auteurs et aux autres titulaires de droits en vertu du droit de l'Union. Il convient de maintenir cette protection, tout en veillant à ce que l'utilisation de mesures techniques n'empêche pas les bénéficiaires de jouir des exceptions et limitations prévues par la présente directive. Les titulaires de droits devraient avoir la possibilité d'y veiller par des mesures volontaires. Ils devraient rester libres de choisir les moyens appropriés pour permettre aux bénéficiaires des exceptions et limitations prévues par la présente directive d'en bénéficier. En l'absence de mesures volontaires, les États membres devraient prendre des mesures appropriées conformément à l'article 6, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2001/29/CE, y compris lorsque des œuvres et autres objets protégés sont mis à la disposition du public via des services à la demande.* »

suggère qu'il anticipe pleinement la possibilité de blocage d'actes de partage pourtant licites. Elle se comprend moins bien dans un système où aucun acte de partage d'un contenu licite ne serait jamais légalement bloqué de manière préventive : c'est précisément parce qu'un tel blocage est possible qu'il a entendu instituer d'autres garde-fous, lesquels visent, pris ensemble, à protéger le bénéfice des exceptions.

iii) L'idée d'une « obligation de résultat » de ne pas bloquer les actes de partage ne semble pas davantage convaincante lorsqu'elle est appliquée aux contenus « probablement licites »

L'idée, qui semble guider les services de la Commission dans l'élaboration des orientations sur lesquelles ils travaillent, selon laquelle les plateformes auraient l'obligation de ne pas bloquer un contenu « probablement licite » ne semble pas mieux fondée.

En premier lieu, cette approche, mêlant la rigueur d'une obligation de résultat et le flou de la qualification du « probablement licite » présente une contradiction interne. Elle repose en effet sur l'analyse de l'article 17(7) comme imposant une forme d'obligation de résultat, mais tout en reconnaissant dans le même mouvement que le respect d'une telle « obligation » est impossible à garantir, ce qu'ont d'ailleurs semblé admettre les représentants de la Commission au cours de l'audience tenue devant la Cour de justice le 10 novembre 2020. Cette approche « probabiliste » de l'examen des contenu, fondée sur la distinction entre contenus manifestement ou probablement licites et illicites, ne saurait à l'évidence empêcher que des contenus licites puissent être temporairement bloqués, si un contenu licite est catégorisé à tort comme « manifestement » ou « probablement illégal ».

En second lieu, cette lecture de l'article 17 se heurte à une impossibilité pratique. Comme il a été dit ci-dessus, aucune approche a priori, ni par un contrôle humain, eu égard à l'incertitude de la qualification juridique, ni, ainsi qu'il sera démontré ci-dessous (cf. II.B.2), par un outil automatique, ne permet de reconnaître qu'un contenu est « probablement » licite, notamment parce qu'il est couvert par une exception. Seule la Cour de justice et les juges nationaux peuvent, en réalité, confirmer définitivement qu'un acte de partage de contenu est licite. Or il est évident que le législateur n'a pas entendu parvenir à un résultat où la saisine du juge serait obligatoire avant tout blocage d'un contenu.

En définitive, l'approche « probabiliste » qui semble guider les services de la Commission aurait les mêmes effets négatifs que la reconnaissance d'une obligation de résultat absolue : elle risquerait de transformer les exceptions en principe et de conduire à la libération massive de contenus protégés non autorisés, tout en introduisant de surcroît une incertitude juridique. Au même titre qu'une approche plus radicale, elle est difficile à réconcilier avec l'importance donnée par la directive au système de plaintes, et donc à la garantie *ex post* des exceptions.

iv) L'article 17 ne crée pas non plus de droit *sui generis* de communication au public, qui permettrait de s'abstraire de la liste fermée des exceptions

L'hypothèse très constructive d'un « droit *sui generis* » a pu inciter à envisager de nouvelles exceptions sans fondement textuel. Le débat doctrinal sur l'article 17 de la directive a donné lieu à une interprétation de son texte, selon laquelle ses dispositions créeraient un droit *sui generis* de communication au public, distinct de celui que prévoit la directive 2001/29/CE.

Aux termes de l'article 3(1) de cette directive, les Etats membres « *prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres* (…) ». L'interprétation de la notion de communication au public au sens de cet article a donné lieu à une jurisprudence toujours évolutive, notamment en ce qui concerne les plateformes et a récemment fait l'objet d'une importante question préjudicielle du Bundesgerichtshof[80].

Pour quelques auteurs[81], aux travaux desquels le ministère allemand de la justice et de la protection des consommateurs semble avoir prêté une oreille attentive[82], la directive 2019/790 aurait entendu créer un droit entièrement distinct de celui de la directive 2001/29. Il s'en déduirait, notamment, que le droit exclusif prévu par l'article 3(1) de la directive 2001/29/CE ne vaudrait pas dans le champ de la directive. Plus concrètement, et parmi une série d'autres implications pratiques d'une telle interprétation, ces auteurs soutiennent que les exceptions au sens de l'article 17 de la directive 2019/790 seraient indépendantes des exceptions au sens de la directive 2001/29[83].

S'ensuivrait, pour les Etats membres, la liberté de définir de nouvelles exceptions hors de la liste de la directive 2001/29 aux fins de la mise en œuvre de l'article 17. Il semblerait que les avant-projets de transposition conçus par le ministère allemand se fondent sur une telle interprétation pour créer une forme d'exception *de minimis* au droit d'auteur sur les plateformes, qui permettrait notamment aux actes de partage d'être protégés de toute action en-dessous de certains seuils quantitatifs – durée de vidéo, taille d'image, etc.

Cette interprétation paraît pourtant incompatible avec les termes clairs de la directive 2019/790. Sans analyser ici l'ensemble des composantes de ce débat, et notamment l'articulation avec le droit international général de la propriété intellectuelle, deux éléments au moins paraissent exclure une telle analyse.

Pour commencer, la directive 2019/790 fait une référence systématique aux concepts de la directive 2001/29. Elle utilise, d'abord, les termes d'« *acte de communication au public* ». Elle

---

[80] Affaires C-682/18 et C-683/18, *op. cit*.

[81] V. en particulier : Martin Husovec, João Quintais, *How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms*, 1er octobre 2019. En ligne : https://doi.org/10.2139/ssrn.3463011

[82] Martin Husovec, João Quintais, « Article 17 of the Copyright Directive: Why the German implementation proposal is compatible with EU law – Part 1 », *Kluwer Copyright Blog*.
En ligne : http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/08/26/article-17-of-the-copyright-directive-why-the-german-implementation-proposal-is-compatible-with-eu-law-part-1/

[83] *Ibid.*, p. 15.

prévoit en son article 17(1) que les fournisseurs de service, qui effectuent un tel acte lorsqu'ils donnent accès à des œuvres protégées mises en ligne par les utilisateurs, doivent obtenir pour ce faire une autorisation des titulaires du droit prévu à l'article 3(1) de la directive 2001/29. Son article 17(7) renvoie aux « *exceptions et limitations* », soit le terme exact qu'utilisait déjà l'article 5 de la directive 2001/29. Les exceptions rendues obligatoires dans le cadre de ce même paragraphe reprennent, quoique de manière plus succincte, les termes des d et k de l'article 5(3) de la directive 2001/29. Le troisième alinéa de l'article 17(9) est encore plus clair en soulignant que la directive 2019/790 n'affecte pas les exceptions et limitations prévues – c'est-à-dire, antérieurement prévues – par le droit de l'Union, qui ne peuvent être comprises que par référence à la directive 2001/29. Il semble difficile de comprendre pour quelle raison le législateur adopterait si complètement la terminologie d'une directive de laquelle il entendrait entièrement s'écarter.

Ensuite, la directive 2019/790 comprend elle-même des stipulations explicites sur son articulation avec la directive 2001/29. Son article 1(2) prévoit en particulier que la directive laisse intacte et n'affecte en aucune façon les règles de la directive 2001/29. Tel serait pourtant le cas si l'article 17 de la directive 2019/790 prévoyait un droit *sui generis* : celui-ci dérogerait au droit exclusif prévu à l'article 3(1) de la directive 2001/29. Non seulement l'article 17 ne prévoit pas de dérogation explicite à la directive 2001/29, mais encore s'y adosse-t-il, ainsi qu'il a été dit, pour définir une série de notions.

En réalité, la différence entre le droit exclusif de communication au public de l'article 3(1) de la directive 2001/29 et ce droit au sens de l'article 17 de la directive 2019/790 n'est pas une différence de notion, mais uniquement une différence de régime : elle tient tout entière à la possibilité d'une exonération de responsabilité des fournisseurs de services en ligne ayant fourni leurs « *meilleurs efforts* » pour empêcher la disponibilité de contenus protégés et mis en œuvre les autres conditions cumulatives de l'article 17(4).

Cette différence de régime de responsabilité n'empêche pas que, sauf lorsque l'article 17 entend explicitement définir une notion dans le contexte de son application[84], les notions qu'il emploie doivent être comprises dans le cadre juridique de la directive 2001/29. Tel est notamment le cas des exceptions : ainsi qu'il a été exposé (cf. II.A.3), les utilisateurs devront pouvoir se prévaloir des seules exceptions de la directive 2001/29, lorsqu'elles ont été transposées par leur Etat membre, ainsi que, en tout état de cause, des exceptions de citation et de parodie.

Au total, si elles n'apparaissent pas juridiquement nécessaires, ces diverses propositions risquent surtout de contrevenir à l'objet même de l'article 17 de la directive, et de constituer un retour en arrière par rapport aux pratiques actuellement constatées. En effet, elles se heurtent à des obstacles juridiques, techniques et économiques.

[84] Comme c'est le cas à l'article 17(1), où il est clairement précisé que l'accès offert par les plateformes aux œuvres protégées téléversées par les utilisateurs entre dans le champ de ce droit exclusif. Cette question, qui est en suspens dans le cadre des affaires C-682/18 et C-683/18 précitées aux fins de l'application de la directive 2001/29, a ainsi été tranchée par le législateur dans le champ de l'article 17 de la directive 2019/790.

2. Protéger le bénéfice des exceptions ne saurait justifier d'en dénaturer la portée

i) L'identification des contenus licites ou illicites suppose en réalité une analyse juridique complexe, qui ne saurait se satisfaire d'une simple probabilité

Le premier rapport de la mission conjointe menée par le CSPLA, l'Hadopi et le CNC a mis en exergue les performances des principales technologies de reconnaissance de contenus existantes. Celles-ci peuvent calculer la durée d'un extrait utilisé, et ce, que l'œuvre en cause soit reprise une fois ou plusieurs fois et de manière répétée au sein d'une vidéo. Les technologies peuvent ainsi différencier l'insertion de courts extraits d'une œuvre protégée au sein d'une vidéo personnelle d'un internaute beaucoup plus longue, de la reprise en intégralité d'un sketch ou d'un programme court au sein d'une vidéo de courte durée[85].

Pour autant, malgré ces possibilités, l'identification du contenu couvert par une exception ou une limitation au droit d'auteur suppose une opération de qualification complexe. Les exceptions de citation, de parodie et d'inclusion fortuite en constituent trois exemples pertinents.

L'exception de citation, aux fins de l'application de l'article 17, ne se résume à aucun critère quantitatif. Elle était initialement prévue au d de l'article 5(2) de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, comme une exception facultative, ce qu'elle demeure hors du champ de l'article 17 : les Etats peuvent prévoir une exception au droit d'auteur et aux droits voisins « *lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi* ».

Selon la Cour de justice, « *la citation a pour caractéristiques essentielles l'utilisation, par un utilisateur qui n'en est pas l'auteur, d'une œuvre ou, plus généralement, d'un extrait d'une œuvre aux fins d'illustrer un propos, de défendre une opinion ou encore de permettre une confrontation intellectuelle entre cette œuvre et les propos dudit utilisateur.* »[86].

Certaines des conditions posées par la directive et la jurisprudence de la Cour sont subtiles.

L'exception de citation suppose par exemple un lien direct et étroit entre l'œuvre citée et les réflexions de l'utilisateur qui la cite. L'utilisation de l'œuvre citée doit donc présenter un caractère accessoire vis-à-vis du contenu citant[87]. La translation de cette appréciation en critères quantitatifs paraît très délicate : la Cour de justice a par exemple jugé que la citation de onze mots seulement entrait dans le champ de la directive de 2001 sur le droit d'auteur[88]. Que l'œuvre citée ne représente qu'une petite partie de la durée ou de la longueur du contenu

[85] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, not. p. 51.
[86] CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH contre Volker Beck*, aff. C-516/17, para. 78.
[87] *Ibid*, para. 79.
[88] CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, para. 56.

citant, si elle peut éventuellement constituer un indice du caractère accessoire, ne dit rien du lien direct et étroit entre les deux œuvres. Ainsi, une compilation de différentes œuvres protégées ne constitue pas une citation, même si chacune des œuvres ainsi compilées représente un faible pourcentage de la compilation.

Par ailleurs, une citation au sens de l'exception doit être proportionnée et conforme aux bons usages. Si cela implique des limites à l'étendue des citations, ces limites ne peuvent être appréciées qu'au regard des circonstances particulières de chaque acte de partage et de chaque œuvre. Ainsi, la Cour de justice considère à la fois qu'une citation intégrale d'une œuvre n'est pas par elle-même située en dehors du champ de l'exception[89], mais que l'intégration d'un extrait musical « même très bref » (en l'espèce deux secondes) tiré d'un phonogramme ne relève pas de cette même exception[90], lorsque cette reprise est faite aux fins de l'inclusion de cet extrait dans un autre phonogramme, à moins que cet extrait n'y soit inclus sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute. Ici aussi, un critère qui serait fondé sur la longueur de l'extrait cité ne permettrait pas forcément d'effectuer un départ pertinent entre citations et autres reprises non couvertes par l'exception.

Quant à l'exception de parodie, elle pose d'évidentes difficultés de caractérisation technique. Sa portée a également été précisée la Cour de justice, qui a estimé que « *la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie* »[91].

S'agissant du premier de ces critères, l'évocation d'une œuvre existante, le précédent rapport de cette mission avait souligné que les critères objectifs permettant de l'identifier étaient très difficiles à identifier[92]. Si de nombreuses parodies sont réalisées par doublage d'un contenu existant, la différence entre le signal audio et le vidéo d'un même contenu ne signifie pas forcément que l'œuvre est une parodie – il peut simplement s'agir de la version étrangère d'une même œuvre. Si le développement d'empreintes « multimédia », portant à la fois sur la vidéo et la bande son, et « multilingues », c'est-à-dire acceptant plusieurs empreintes audio pour un même contenu vidéo,[93] pourrait répondre à cette difficulté, de telles réponses ne permettent pas de mettre en œuvre l'exception de parodie.

Ainsi, une parodie vidéo peut être effectuée autrement que par doublage, notamment par l'adjonction de sous-titres[94]. En sens inverse, la modification de la bande son d'une vidéo, ou

---

[89] Arrêt *Spiegel Online GmbH*, préc., para. 69.
[90] Arrêt *Pelham*, préc.
[91] CJUE, gr. ch., 3 septembre 2014, *Johan Deckmyn et autre contre Helena Vandersteen et autres*, aff. C-201/13, para. 20.
[92] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, not. p. 51 – 2.
[93] Rapport CSPLA, HADOPI, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 52.
[94] V. p. ex., pour une analyse en droit américain des parodies du film *La Chute* (*Der Untergang*) : Aaron Schwabach, « Reclaiming Copyright from the Outside In: What the Downfall Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Parody », *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, 2012, Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 2040538. En ligne : https://ssrn.com/abstract=2040538

l'adjonction de nouveaux visuels à une bande son, ne constitue pas nécessairement une « *manifestation d'humour* ». Par exemple, un contenu faisant usage de techniques avancées de synthèse audio et vidéo (« *deepfake* ») pour répandre de fausses informations[95] pourrait correspondre à une telle description, sans constituer une parodie pour autant.

Enfin, l'exception en matière d'inclusion fortuite a été largement mise en avant dans les débats autour de l'article 17, les usages accessoires ne pouvant pas être identifiés *a priori* de manière fiable par les outils automatiques. Si cette exception n'est pas mentionnée à l'article 17(7), elle devrait néanmoins s'appliquer dans les Etats membres qui ont transposé cette exception dans leur droit interne[96] en application du i de l'article 5(3) de la directive 2001/29/CE.

Plateformes et associations d'utilisateurs ont largement mis en avant les risques de blocages qu'ils identifiaient autour des usages accessoires : un vidéaste spécialisé dans un univers cinématographique ou de jeu vidéo, qui se filmerait entouré de figurines de produits dérivés caractéristiques de ces univers, devrait-il les retirer pour diffuser ses vidéos ? Une vidéo prise dans une discothèque, qui capterait des échos musicaux, serait-elle bloquée ?

Dans certains cas, l'usage accessoire d'une œuvre doit pouvoir relever de l'exception d'inclusion fortuite et donc constituer, dans les Etats membres qui ont fait le choix de transposer cette exception, une exception au droit d'auteur. En revanche, d'autres inclusions pouvant être attendues par les utilisateurs, ne seraient probablement pas couvertes par cette exception. Par exemple, la jurisprudence allemande a développé une conception limitative de cette exception, en requérant que l'œuvre faisant l'objet d'une inclusion fortuite soit interchangeable et ne fasse pas partie du « concept général » de l'œuvre qui procède à l'inclusion[97]. Ici encore, aucun critère quantitatif ne peut saisir aisément ce raisonnement : le fait qu'un contenu inclus représente une petite partie du contenu téléversé ne dit rien du caractère « fortuit » de l'inclusion, ou de l'interchangeabilité des contenus.

Il ne faut cependant pas surestimer les difficultés que la mise en œuvre des outils de reconnaissance par empreintes numériques sont susceptibles de soulever au regard de l'exception d'inclusion fortuite, même quand celle-ci est applicable. Indépendamment de leur qualification juridique, certains des usages perçus comme « accessoires » par les utilisateurs sont en réalité tolérés en l'état. Un usage « accessoire » sera souvent bref et pourra ainsi entrer dans les tolérances fixées par les ayants droit. Par ailleurs, les outils de reconnaissance des œuvres par empreinte ne peuvent pas reconnaître tous les contenus, du fait de leur mode

[95] Pour l'une des premières études notoires de l'application de ces techniques à un contenu politique : Supasorn Suwajanakorn, Steven M. Seitz, et Ira Kemelmacher-Shlizerman, « Synthesizing Obama: Learning Lip Sync from Audio », *ACM Transactions on Graphics*, juillet 2017. En ligne : https://doi.org/10.1145/3072959.3073640

[96] Si l'inclusion fortuite n'a pas été formellement transposée à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle en droit français, la Cour de cassation a maintenu après la transposition de la directive 2001/29/CE sa jurisprudence relative à l'inclusion accessoire, en indiquant expressément qu'elle devait être interprétée au regard de l'exception d'inclusion fortuite prévue par la directive (Cass., 1ère civ., 12 mai 2011, n° 08-20.651).

[97] BGH, 17 novembre 2014, I ZR 177/13, arrêt dit « Moebelkatalog ».

de fonctionnement. Un détail apparaissant en fond d'une vidéo ou un air de musique capté dans l'environnement très bruyant d'une discothèque[98] ne seront en principe pas reconnus.

En outre, si certaines plateformes peuvent utiliser la reconnaissance de motifs pour détecter, par exemple, des contenus terroristes en recherchant les logos de certaines organisations, il ne semble pas que de telles techniques soient aujourd'hui utilisées à des fins de protection de la propriété littéraire et artistique. Enfin, s'agissant de l'exemple des figurines caractéristiques de certains univers cinématographiques, du manga ou du jeu vidéo, il faut relever que la protection de la propriété intellectuelle concernant ces objets passe sans doute en pratique bien davantage par la protection des dessins et modèles que par celle du droit d'auteur et des droits voisins, qui seuls relèvent de l'article 17 : la protection par empreintes numériques de films ou de jeux vidéo n'emporte par elle-même aucun risque de blocage du partage de vidéos laissant apparaître à l'image les figurines préférées de Super Mario ou de Dark Vador des utilisateurs concernés.

ii) En l'état de la technique, la qualification a priori des usages qui devraient relever des exceptions est hors de portée des moyens automatisés

Les opérations de qualifications décrites ci-dessus ne peuvent être effectuées de manière automatique, en l'état actuel de l'art. Si des technologies fondées sur l'intelligence artificielle pourraient permettre, ainsi que l'a montré le précédent rapport de cette mission, des avancées dans ce domaine, elles présentent également des faiblesses et une opacité qui ne leur permettent pas de remplacer, à l'heure actuelle, les outils de reconnaissance par empreinte[99].

Cette remarque vaut, *a fortiori*, pour les questions de qualification complexes qui ont été évoquées ci-dessus, comme par exemple la question de savoir si un contenu intégrant une partie d'une autre œuvre procède à une « *confrontation intellectuelle* » avec celle-ci. S'agissant de l'exception de parodie, la discrimination entre contenus probablement licites et probablement illicites rejoint un champ de recherche vaste et évolutif, celui de l'analyse du langage naturel par les intelligences artificielles, et en particulier de l'humour. En l'état de l'art, la reconnaissance de l'humour par l'intelligence artificielle est loin d'être acquise[100], certains chercheurs considérant même que la reconnaissance de l'humour sur la seule base des contenus[101] est un problème « IA-complet »[102], c'est-à-dire que sa résolution suppose la création d'une intelligence artificielle « générale », par opposition aux algorithmes spécialisés.

Ces limites techniques rendent difficiles d'imaginer qu'un fournisseur de services puisse, à l'heure actuelle ou dans un futur proche, reconnaître avec un degré de fiabilité satisfaisant

---

[98] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 19.
[99] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC de 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 53 – 4.
[100] Cf., pour une analyse sur ce point, Maxime Lambrecht, *op. cit.*, para. 95 et suivants.
[101] Et donc à l'exclusion des indices contextuels tels que la tonalité des commentaires ou les réactions des autres utilisateurs qui ne sont pas disponibles au moment du téléversement d'une œuvre.
[102] Kim Binsted *et al.*, « Computational Humor », *IEEE Intelligent Systems*, vol. 21, mars-avril 2006. En ligne : https://doi.org/10.1109/MIS.2006.22

quels contenus sont probablement illicites ou probablement licites. S'il est probable que des améliorations techniques permettent, à moyen terme, d'envisager de tels dispositifs, ils ne peuvent servir d'horizon à la transposition de la directive.

Les limites, évidentes, des outils de reconnaissance pour prendre en compte les exceptions ont été largement mises en exergue pour récuser leur mise en œuvre dans le cadre de l'article 17 de la directive. Que ce soit dans les approches du ministère allemand de la justice et de la protection des consommateurs ou des services de la Commission européenne, l'idée d'une nécessaire protection des usages légitimes contre les risques de blocage automatiques inspire essentiellement deux stratégies :

- la première de ces stratégies, celle des seuils quantitatifs, consisterait à établir des « approximations techniques », telles que les limites de durée d'extraits ou de volumes de fichiers, en-dessous desquelles aucun blocage ne peut intervenir. Elle constitue, comme dit ci-dessus, l'un des axes des projets de transposition allemands, et elle ne semble pas non plus étrangère à l'idée d'une approche *ex ante* promue par la Commission européenne ;
- la seconde de ces stratégies, celle de la pré-identification, consiste à considérer qu'un contenu identifié comme licite par l'usager, dans une démarche dite de « *pre-flagging* », est probablement licite, ce que propose également le projet de transposition allemand.

Ces stratégies risqueraient pourtant de vider de leur substance les droits de propriété intellectuelle qu'est censé protéger l'article 17 de la directive.

3. La mise en œuvre de l'article 17 ne peut reposer ni sur une préqualification de contenus toujours regardés comme licites ni sur la fixation de seuils quantitatifs permettant d'échapper à tout blocage

i) L'instauration de seuils quantitatifs transversaux soulèverait de graves difficultés

Il a été envisagé par certains d'instaurer des seuils quantitatifs visant à établir des « approximations techniques », tels que les limites de durée en-dessous desquelles aucun blocage ne peut intervenir. Cette idée se décline selon deux versions distinctes :

- l'une, se plaçant au niveau de la substance des droits, consiste à consacrer une nouvelle exception *de minimis*, ce qu'a proposé le ministère allemand de la justice dans ses projets de transposition ;
- l'autre, se plaçant dans une approche plus processuelle, revient à instaurer une garantie *de facto* de certains usages, en empêchant le blocage *ex ante* des contenus les plus brefs ou des extraits les moins volumineux. Si cette approche devait être assortie d'une dispense de responsabilité pour les plateformes, elle produirait en réalité les mêmes effets que la création d'une nouvelle exception : les droits exclusifs des ayants droit seraient, en deçà des seuils quantitatifs retenus, privés de toute protection.

Pourtant, cette idée se heurte à de très fortes objections tant sur le plan juridique que sur le plan économique.

D'abord, l'instauration de critères quantitatifs n'est pas conforme à la réalité juridique des exceptions. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, aucune règle quantitative posée *ex ante* ne peut constituer une approximation satisfaisante des exceptions, des contenus courts pouvant ne pas être couverts par celles-ci, alors que des contenus longs peuvent l'être. L'instauration de règles exemptant de l'application du droit d'auteur sur les plateformes tous les contenus brefs ou peu volumineux ne traduirait pas tant la mise en œuvre des exceptions que l'instauration d'une nouvelle exception « *de minimis* », que ne prévoient ni la directive 2001/29 ni la directive 2019/790.

Ensuite, certains des seuils proposés, sur la base d'un pourcentage de correspondance, paraissent impraticables. Dans le contexte du dispositif de pré-identification des contenus qu'il propose (cf. aussi II.B.3.ii, ci-dessous), le ministère allemand de la justice propose de considérer qu'un contenu serait manifestement contrevenant s'il correspond à plus de 90 % de « *l'information fournie par l'ayant droit* ». Ce type d'approche peut sembler séduisante en toute première analyse, dès lors que, ainsi qu'il a été dit plus haut, les outils de reconnaissance ne se contentent pas de reconnaître que deux empreintes sont identiques.

Toutefois, des contenus contrefaisants ne produisent pas nécessairement des correspondances de très bonne qualité – de même que, par exemple, les correspondances entre les relevés d'empreintes digitales d'une même personne ne sont pas toujours parfaites. Tel est notamment le cas lorsque les contenus ont été dégradés de manière volontaire afin d'échapper aux correspondances, ou, comme c'est parfois le cas s'agissant des contenus pirates, qu'ils sont de mauvaise qualité.

Ainsi, des tests effectués par la Motion Picture Association[103] montrent que les outils de reconnaissance peuvent n'afficher que des taux de correspondance très faibles pour des contenus de plus d'une heure, qui ont subi des dégradations de leur qualité mais restent consultables.

Si le pourcentage de correspondance peut permettre une levée de doute manuelle, comme c'est souvent le cas aujourd'hui (cf. I.B.1), il ne peut en aucun cas asseoir une présomption de légalité, sauf à assumer l'idée de donner une prime à l'ingéniosité des pirates qui contourneraient ces dispositifs.

Plus généralement, aucun seuil quantitatif exprimé de manière absolue ou relative ne peut être pertinent de manière transversale. A titre d'exemple, la proposition de transposition du ministère allemand de la justice prévoit des seuils par catégories de contenus : 20 secondes pour les contenus audiovisuels, 1000 signes pour les textes ou 250 kilobytes (kb) pour les

[103] Motion Picture Association, *Stellungnahme Motion Picture Association*, p. 16 – 19. En ligne : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110820_Stellungnahme_MPA_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=418036212734B62A941C335FF8A90315.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3

images. Cette approche ne correspond pourtant ni à la réalité de l'exploitation des œuvres, ni à l'économie du monde culturel.

Premièrement, il est évident que cette approche ne traduit aucunement la diversité interne à chaque type de contenu : 20 secondes d'un « tube » de musique récent, d'une durée standard de trois minutes, et de l'interprétation d'une symphonie de Mahler longue d'une heure trente, n'ont pas la même valeur relative. Elle ignore également la réelle valeur économique qui peut s'attacher à de courts extraits. Pour diffuser de courts extraits de la Ligue 1 du football français sous la forme de clips de 60 secondes au plus, le fournisseur d'accès à Internet Free s'est acquitté de 50 millions d'euros[104].

Par ailleurs, au-delà de ces exemples évidents, les exigences légitimes de valorisation des droits justifient un degré élevé de flexibilité eu égard à la grande diversité des contenus. Cette flexibilité peut parfois être mise en œuvre contenu par contenu. Dans l'industrie du cinéma, par exemple, les ayants droit prennent en compte de multiples paramètres tels que les modes d'exploitation concurrents – exploitation cinématographique en cours, éventuelle exclusivité de leurs propres modes de diffusion en ligne… –, l'ancienneté du contenu, son caractère « *premium* », etc. Dans certains domaines, comme la protection des fuites de contenus avant leur sortie officielle (pré-release), on comprendra aisément qu'aucune flexibilité, y compris pour des extraits de brève durée, ne puisse être envisagée.

Dans certains cas, il est même difficile de concevoir la mise en œuvre d'un seuil quantitatif pertinent. Dans le secteur de l'image, la taille du contenu n'est absolument pas indicative de sa valeur, outre qu'elle est très sensible à des paramètres techniques tels que la compression. A titre d'exemple, le célèbre portrait d'Allie Mae Burroughs réalisé par Walker Evans est affiché sur la version francophone de Wikipédia dans une version de bonne qualité pesant moins de 250 ko[105]. Ces indicateurs quantitatifs ne sont guère plus pertinents dans le domaine de l'écrit : l'un des poèmes les plus connus de Laure Glück, lauréate du prix Nobel de littérature pour l'année 2020, compte environ 550 caractères[106].

Enfin et peut-être avant tout, cette approche va à contre-courant de l'évolution actuelle des usages et de l'explosion des formats courts. Le succès de TikTok, prenant la suite de précurseurs tels que Vine, a suscité une multitude de répliques, sur les plateformes « historiques » (Reels, Lasso) comme sur une série de nouveaux entrants (Likee, Dubsmash, etc.). La musique est au cœur de la proposition de valeur de ces plateformes, qui peuvent se révéler extrêmement lucratives : ByteDance, le propriétaire de TikTok, pourrait percevoir 27 milliards de dollars (22 milliards d'euros) de revenus publicitaires en 2020, dont environ 16

[104] –, « Ligue 1 : Free lance à son tour son offre foot avec une nouvelle application », *Le Figaro*, 19 août 2020. En ligne : https://www.lefigaro.fr/flash-eco/ligue-1-free-lance-a-son-tour-son-offre-foot-avec-une-nouvelle-application-20200819

[105] Walker Evans, *Portrait d'Allie Mae Burroughs* pour *Louons maintenant les grands hommes*, 1936.

[106] Louise Glück, « The Wild Iris », *The Wild Iris*, New York : Ecco (HarperCollins), 1993.

milliards tirés de la seule version chinoise de l'application[107]. Le format de base d'une plateforme comme TikTok étant de seulement 15 secondes, l'instauration de seuils priverait de tout levier de négociation les ayants droit. Toute forme d'exception « *de minimis* » restreignant à la mise en œuvre des droits protégés risque donc de connaître une obsolescence rapide face au changement des usages.

Dès lors, des obstacles de principe s'opposeraient à la définition de seuils quantitatifs, en droit international comme en opportunité. La fixation de seuils quantitatifs interdisant tout blocage n'apparaît pas compatible avec le test en trois étapes imposé par les obligations internationales de l'Union et de ses Etats membres, qui impose qu'une exception corresponde à un cas spécial, que la reproduction de l'œuvre ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Si le contexte des plateformes de partage peut justifier la mise en œuvre de flexibilités, celles-ci ne peuvent être définies a priori ni s'imposer aux ayants droit. Le niveau des seuils de tolérance doit dépendre, en dernière approche, des choix des ayants droit. Seuls à connaître le détail de leur catalogue d'œuvres protégées, ils sont les seuls habilités à en définir les paramètres d'exploitation. Ainsi qu'il a déjà été souligné, ces tolérances sont déjà, dans bien des cas, nettement plus généreuses que le seul périmètre des exceptions.

En sens inverse, des seuils obligatoires, définis par les autorités publiques – législateur national, Commission européenne, etc. – selon une maille nécessairement large, auraient des effets contreproductifs. Ils risqueraient de rigidifier les pratiques, y compris vers le bas : contraints d'accepter un rehaussement de leurs tolérances pour des contenus *premium* très protégés, handicapés par leurs négociations avec certaines plateformes de contenus courts, certains ayants droit pourraient être tentés de resserrer leurs exigences sur d'autres contenus.

A cet égard, une approche des seuils quantitatifs qui se voudrait processuelle, sous forme de règles imposées aux acteurs, ne présente en réalité pas de différence par rapport à une approche plus substantielle, passant par la définition d'une véritable exception *de minimis*.

Sur le plan économique, l'atteinte aux possibilités de valorisation des œuvres ne serait évidemment pas moindre. D'un point de vue juridique, l'atteinte aux droits, pour être moins avouée, n'en serait pas moins identique.

La définition de seuils se heurterait, surtout, à d'importants obstacles pratiques, qui ne pourraient être évités que par un retour à une approche volontaire. Sur le plan pratique, cette approche imposerait aussi de répondre, entre autres, aux questions suivantes : qui devrait se voir reconnaître la compétence pour définir ces seuils ? Comment pourraient-ils être révisés en fonction de l'évolution des usages et des technologies ? Comment pourraient-ils être adaptés aux problématiques si diverses des différents secteurs ?

[107] Julie Zhu, Yingzhi Yang, « TikTok-owner ByteDance to rake in $27 billion in ad revenue by year-end », *Reuters*, 11 novembre 2020. En ligne : https://www.reuters.com/article/china-bytedance-revenue/exclusive-tiktok-owner-bytedance-to-rake-in-27-billion-in-ad-revenue-by-year-end-sources-idUSKBN27R191

Si ces seuils quantitatifs étaient présentés, comme le suggère l'attachement professé par les services de la Commission européenne pour une approche dite *ex ante*, comme une garantie nécessaire du juste équilibre entre droits fondamentaux, il faudrait en effet que les seuils définis *a priori* soient connus des utilisateurs. Ils ne pourraient donc pas être définis au cas par cas par la coopération entre ayants droits et plateformes dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17. Par ailleurs, on voit mal comment la Commission européenne pourrait prétendre tirer une compétence pour définir de tels paramètres de l'article 17(10) relatif aux orientations qu'elle doit émettre. Quant à la définition par les autorités compétentes des Etats membres, elle ne paraîtrait guère compatible avec l'objectif d'une mise en œuvre cohérente dans les Etats membres, au regard des enjeux pour le marché intérieur.

Par ailleurs, la diversité des pratiques, des enjeux, et la nécessité économique de bloquer certains contenus sans limite de durée – extraits de contenus à forte valeur, notamment sportifs, pré-*releases*, etc. – rendrait nécessaire la définition de « clauses de sauvegarde », qui permettraient aux ayants droit de s'opposer à l'application des seuils définis *a priori*. En introduisant cette nuance, l'utilité d'une définition centralisée des seuils serait douteuse : la liberté des acteurs prévaudrait en définitive. Elle aboutirait finalement à un résultat assez proche de la situation actuelle pour certains secteurs, comme le cinéma : les ayants droit y appliquent fréquemment des tolérances même lorsqu'ils privilégient le blocage, mais peuvent également être plus restrictifs pour certains contenus.

Au total, la notion de seuils quantitatifs en deçà desquels le blocage automatique des actes de partage serait interdit peut sembler à certains apporter une réponse politique intéressante à la question de la protection des usages légitimes dans la mise en œuvre de l'article 17, surtout quand elle est analysée un peu trop hâtivement. Mais, outre que cette voie est contraire à la lettre de l'article 17 comme à la recherche d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux et aux obligations internationales de l'Union et de ses Etats membres, elle apparaît sur le plan économique comme lourde d'inconvénients et sur le plan pratique comme une impasse.

Enfin, les correctifs qui devraient en toute hypothèse accompagner une telle approche finiraient par converger avec la situation qui prévaut déjà actuellement : un équilibre dans lequel des standards souples, continuellement adaptés par les acteurs au cas par cas et dégagés par la coopération entre plateformes et ayants droit, permettent le partage licite de contenus à grande échelle, tout en ménageant les intérêts économiques en cause.

ii) L'identification par les usagers des contenus licites sur une base déclarative serait de nature à paralyser les outils de reconnaissance

Sur le plan des principes, la mise en œuvre de mécanismes de prévention *ex ante* des blocages sur déclaration des utilisateurs (« *pre-flagging* ») pose des difficultés qui n'apparaissent pas moins redoutables. Le droit d'auteur et les droits voisins sont, ainsi que l'a reconnu la Cour de justice, des droits d'essence préventive : la communication d'une œuvre au public requiert le

consentement préalable du titulaire du droit[108]. Par ailleurs, ainsi qu'il a été dit plus haut au sujet de l'arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek*, la Cour a déjà reconnu qu'il était nécessaire de tenir compte du risque de reproduction et de partage d'un contenu illicite, une fois celui-ci rendu disponible. Une telle approche fait donc peser le risque d'une atteinte disproportionnée aux droits de propriété intellectuelle.

La mise en place d'un mécanisme a priori d'identification par les utilisateurs des contenus dont le partage répondrait à un usage légitime ne pourrait, eu égard à la facilité qui leur serait ainsi offerte de se prévaloir des exceptions et à la réelle complexité de cette qualification, qu'engendrer des malentendus et des risques de dérive. Le sondage conduit par l'Hadopi dans le cadre du premier rapport de cette mission soulignait ainsi que les utilisateurs considèrent « légitimes » des usages en réalité problématiques au regard de la législation sur le droit d'auteur.

Par exemple, les deux tiers des internautes considèrent que l'indication du nom de l'auteur d'un contenu suffit à garantir la légalité d'un acte de partage. Si une option de pré-signalement devait être mise en place, les deux tiers des internautes signaleraient donc ce motif comme relevant de l'exception de citation, alors même qu'il ne permet pas, à lui seul, de bénéficier de cette exception.

Opinion des internautes sur la mise en ligne de parodie et la citation

En gras et couleur : bonne réponse	VRAI	FAUX
Mettre en ligne une parodie d'une musique, d'un film ou d'un autre contenu culturel ne nécessite pas une autorisation	**55%**	45%
Les particuliers peuvent mettre en ligne des contenus dont ils ne sont pas l'auteur s'ils indiquent clairement qui est le véritable auteur du contenu	67%	**33%**

En vert : réponse correcte

Fig. n° 12 : résultats du sondage OpinionWay pour l'Hadopi (2019) quant à la mise en ligne de parodie et de citation

De même, il est très probable qu'un utilisateur ayant effectué un *sample* de deux secondes pense entrer dans le cadre de l'exception de citation – alors même que la Cour de justice a nettement jugé que tel n'était pas le cas dès lors que l'extrait d'un phonogramme protégé était intégré à un autre phonogramme (cf. II.B.2). Enfin, lors de l'entretien de cette mission avec les représentants de France Télévisions, il lui a été indiqué que la principale explication que lui opposaient internautes qui partageaient sans autorisation les extraits de programmes de l'opérateur public était que les contenus du service public, gratuits, devaient être librement partageables. Aussi évident que puisse sembler ce raisonnement à ceux qui le tiennent, il ne correspond à aucune exception opposable à France Télévisions ni à ses fournisseurs de contenus.

[108] CJUE, 16 novembre 2016, *Marc Soulier et Sara Doke contre Premier ministre et Ministre de la culture et de la communication*, aff. C-301/15, para. 33.

Plus encore, de véritables contrefacteurs pourraient se saisir de la possibilité de pré-identifier un contenu pour s'affranchir de leur détection. S'il n'est pas possible de quantifier ce phénomène, les entretiens de cette mission avec les ayants droit ont révélé que certains utilisateurs de mauvaise foi prétendaient que la mise en ligne intégrale d'un contenu était licite, en espérant bénéficier d'une décision favorable au bénéfice d'un examen superficiel de leur réclamation.

Dans ce triple contexte – contexte propre au droit d'auteur, contexte de l'économie numérique et paysage juridique de la directive –, un mécanisme qui permettrait à l'usager de s'assurer qu'un de ses contenus sera rendu disponible, sous la seule réserve d'une déclaration « *évidemment erronée* », selon les termes des avant-projets de transposition du ministère de la justice allemand, risque de permettre la mise en ligne de contenus protégés qui ne sont pourtant couverts par aucune exception ou limitation et du même coup d'en permettre la diffusion généralisée.

*

* *

C. La combinaison des outils de reconnaissance, en amont, et du mécanisme de plainte, en aval, permet une mise en œuvre équilibrée de l'article 17

1. Les interventions préventives au moment du téléversement constituent un mode d'action adapté et nécessaire à la mise en œuvre de l'article 17

i) La mise en œuvre préventive des « *meilleurs efforts* » prévus à l'article 17 doit être plus efficace et mieux acceptée que les actuelles notifications

Les « *meilleurs efforts* » qui seront mis en œuvre en application de l'article 17 ne constituent pas une complète nouveauté dans l'univers numérique : ils s'inscriront naturellement dans le prolongement de politiques de protection du droit d'auteur mises en œuvre par les plateformes depuis de nombreuses années, avec une certes intensité variable et selon des modalités différentes. Dans le présent rapport comme dans le précédent, la mission a prêté une attention particulière au modèle de YouTube et de Facebook, dont les pratiques préfigurent sans doute le plus précisément celles qui devraient se développer sous l'empire de l'article 17.

Il est toutefois intéressant de comparer leur situation avec celles de plateformes n'ayant jusqu'ici pas mis en œuvre une politique préventive aussi systématique, telles que Twitch[109]. Ce service de diffusion de vidéo (*streaming*), notamment connu pour la diffusion de jeu vidéo en direct, met en œuvre des solutions de reconnaissance automatique des œuvres par empreinte depuis 2014, mais avec des limites qu'il impute largement aux particularités des

[109] Twitch, *Music-Related Copyright Claims and Twitch*, 11 novembre 2020. En ligne : https://blog.twitch.tv/en/2020/11/11/music-related-copyright-claims-and-twitch

actes de partage sur sa plateforme – notamment l'usage de musique incomplètement audible en fond sonore.

A la suite d'une série de notifications reçues des ayants droit sous l'empire de la législation américaine, Twitch a dû modifier en juin 2020 sa politique de vérification des contenus pour y inclure les « clips », c'est-à-dire les extraits marquants d'enregistrements de plus longue durée. Cette modification soudaine de la politique de modération a suscité une suppression massive de contenus, et une réaction négative de la communauté d'usagers de Twitch. A l'automne 2020, Twitch s'est engagé à plusieurs importants changements dans sa politique[110].

L'exemple de Twitch souligne que la mise en œuvre du droit d'auteur par un système de notifications *ex post* est, à tous égards, moins satisfaisant qu'une logique préventive. Il est bien connu qu'il expose les ayants droit à une charge administrative disproportionnée, compte tenu de la diffusion et de la reproductibilité des contenus sur Internet. Il apparaît aussi qu'il se heurte à des problèmes d'acceptabilité tant pour les utilisateurs que pour les plateformes, qui peuvent se trouver exposés à la suppression soudaine de contenus autour desquels s'étaient, avec le temps, cristallisés des usages, voire une véritable économie. *A contrario*, les outils préventifs déjà mis en place par Twitch s'agissant des contenus musicaux, ainsi que son usage du *watermarking*[111], s'ils demandent sans doute à perfectionner les outils et leurs modalités de mise en œuvre, et s'ils peuvent justifier une approche fine de la mise en œuvre de la directive en fonction des particularités de chaque service, ne suscitent pas les mêmes difficultés.

En veillant à garantir à la source la conformité du plus grand nombre de contenus avec le droit d'auteur, et en multipliant les licences, la mise en œuvre des « *meilleurs efforts* » de l'article 17 devrait accroître la prévisibilité du cadre pour l'ensemble des acteurs, et éviter les aléas qui s'attachent à la pratique des notifications lorsque celle-ci constitue la seule modalité disponible de protection des droits.

ii) Les mécanismes préventifs de protection des droits fondés sur les outils de reconnaissance permettent de mettre en œuvre l'article 17 en ne portant que des atteintes limitées et temporaires aux droits des utilisateurs

Eu égard aux limites techniques soulignées ci-dessus, il est manifeste que les outils automatiques, seuls susceptibles de permettre la mise en œuvre de l'article 17 sur les plateformes, ne sont pas capables de reconnaître à eux seuls la mise en œuvre des exceptions. Dès lors, il est possible que, dans les cas où le blocage de son contenu est demandé par l'ayant droit, des actes de communication couverts par une exception, et donc licites, soient bloqués.

Ainsi qu'il a été souligné au titre de la première partie du présent rapport, ce risque reste ponctuel compte tenu des facteurs techniques et organisationnels qui régissent actuellement

[110] *Ibid*. : mise à disposition d'outils de gestion des vidéos passées aux fins de leur mise en conformité avec le droit d'auteur ; transparence des informations communiquées aux usagers sur les revendications des ayants droit ; conclusion de licences ; actions de sensibilisation sur le droit d'auteur, etc.

[111] V., sur cette technique : rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 30 – 33.

les outils de reconnaissance des contenus : le développement massif des licences dans certains secteurs, les tolérances parfois importantes des ayants droit, les limites techniques à la reconnaissance de contenus brefs, la vérification humaine pour les contenus n'atteignant pas certains seuils, etc. Au-delà du risque largement agité de sur-blocage, la réalité du fonctionnement des outils de reconnaissance dans les secteurs et sur les plateformes où ils sont déployés, se traduit plutôt par des phénomènes massifs – et d'ailleurs bienvenus pour autant qu'ils ne soient pas imposés aux titulaires de droits – de sous-blocage au regard des usages de partage.

Il faut en outre veiller à ne pas surestimer la portée des cas résiduels où un contenu licite serait bloqué. Un usage couvert par une exception devra en tout état de cause être rapidement remis en ligne après une revue humaine, ainsi que le prévoit l'article 17(9) de la directive, dans le cadre du mécanisme de plainte.

Enfin, la mission rappelle qu'aucun élément quantitatif ne permet d'étayer la réalité du « sur-blocage », alors que de nombreux éléments soulignent, en sens inverse, que les plaintes des utilisateurs sont rares. Elle ne peut s'empêcher de souligner que, sauf erreur, les études quantitatives approfondies sur les usages et leurs perceptions qu'elle a rendues publiques à l'occasion de son premier rapport, n'ont été démenties ni même véritablement discutées par aucun travail comparable en Europe. Alors que ces études permettent de conclure à une bonne acceptation des outils préventifs déployés sur les grandes plateformes, il est tout de même très paradoxal de remettre en cause radicalement leur efficacité, au prix d'une interprétation aventureuse de la directive et par des propositions que n'étaye aucune étude approfondie ni aucune donnée chiffrée.

Il ressort par ailleurs de l'examen des premiers projets de transposition que d'autres Etats membres que la France ont également choisi de donner un rôle prépondérant à l'intervention préventive dans l'équilibre de leur transposition nationale de l'article 17, comme le suggèrent naturellement ses dispositions. Ainsi, le Gouvernement néerlandais a déposé devant le Parlement une proposition dont le texte[112] est proche de celui de la directive. Ainsi que le clarifie l'exposé des motifs[113], l'intervention préventive des plateformes pour bloquer des contenus constitue une composante de leurs « *meilleurs efforts* », dès lors qu'elles ont reçu les informations pertinentes et nécessaires des ayants droit.

Cette approche ne contrevient pas davantage à l'article 17(8) de la directive 2019/790, qui, reprenant une disposition de la directive 2001/29, prévoit que « *l'application du présent article ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance* ». Si certains auteurs ont cru pouvoir voir dans cet alinéa un obstacle au recours à des outils préventifs[114], une telle

---

[112] https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35454-2.html.

[113] https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35454-3.html, 3.3.iii, en particulier le 10ème paragraphe (« *In de derde plaats…* »).

[114] Martin Senftleben, Christina Angelopoulos, *The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, octobre 2020.
En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717022

interprétation ne saurait être retenue, eu égard en particulier aux travaux préparatoires de la directive.

La Commission se prononce expressément sur ce point dans sa communication de 2017 sur la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle[115]. Elle souligne qu'une telle obligation n'est prohibée que dans ses déclinaisons les plus générales. La Commission considérait précisément que tel n'était pas le cas de l'article 17 : « *les obligations (…) proposées dans l'article 13* [maintenant 17] *de la proposition de la Commission pour une directive relative au droit d'auteur (…)* » font selon elle partie des « *obligations de vigilance qui peuvent être imposées, par exemple, aux fournisseurs de service d'hébergement en ligne afin de prévenir le téléversement de contenus contrevenant aux droits de propriété intellectuelle* (…). »[116]

Le premier alinéa de l'article 17(8) doit donc être lu comme une disposition rappelant que les mécanismes prévus par le reste de l'article ne préjudicient pas à cette obligation préexistante de la directive 2001/29. Cet alinéa ne s'oppose pas, en sens inverse, à une mise en œuvre préventive de la protection du droit d'auteur, dans le cadre du régime spécifique posé par l'article 17.

iii) Tout affaiblissement du système juridique permettant de blocage risque, paradoxalement, de remettre en cause la dynamique vertueuse d'usages sous licence qui est pourtant au cœur de la logique promue par la directive

Un objectif essentiel de l'article 17 est de favoriser la conclusion d'accords de licence entre les plateformes et les ayants droit, ainsi que le rappelle le considérant 61 de la directive, accords de licence qui peuvent eux-mêmes permettre la monétisation des contenus. Cette dynamique vertueuse profite à l'ensemble des parties prenantes :

- les ayants droit retrouvent la maîtrise sur leurs contenus et peuvent en obtenir les fruits économiques s'ils le souhaitent, ou en bloquer le partage sur les plateformes s'ils privilégient d'autres formes d'exploitation ;
- les usagers bénéficient d'une disponibilité accrue et fiable du contenu sous licence ;
- les plateformes disposent d'un cadre clair relatif à l'engagement de leur responsabilité et aux licences qu'ils doivent souscrire.

Cette dynamique positive repose toutefois sur la réussite des négociations entre plateformes et ayants-droit en vue de la conclusion des accords de licence prévus à l'article 17(1) de la directive. Cette négociation ne peut aboutir que si chaque partie y a un intérêt. En théorie de la négociation, cette évidence est formalisée à travers la notion de « *meilleure solution de rechange possible* » (« *best alternative to a negotiated agreement* » ou BATNA). Lorsque la

[115] Commission européenne, *Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights*, COM(2017) 708 final, 29 novembre 2017. En ligne : https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26582
[116] *Ibid.*, p. 20.

meilleure solution de rechange d'une des parties à la négociation est équivalente au résultat de la négociation, l'intérêt de négocier disparaît.

C'est précisément le risque que présentent certains des projets de transposition de la directive. Si les plateformes disposent d'une exonération de responsabilité lorsqu'elles ne bloquent pas un contenu pourtant identifié par l'outil de reconnaissance, soit que le contenu soit probablement licite, soit qu'il ait été identifié par l'usager comme licite, leur intérêt à conclure des accords de licence devient faible. En effet, dans cette hypothèse, l'accord de licence n'améliorerait pas leur sécurité juridique. Par ailleurs, l'auto-identification par les usagers ou le tri des contenus probablement illicites ou licites permettrait en pratique à un grand nombre de contenus d'être partagés : l'attractivité de la plateforme du point de vue du nombre de contenus disponibles resterait à peu près similaire.

Les premiers perdants d'une telle situation seraient les ayants droit, dont la position de négociation dégradée pourrait se traduire par une baisse des montants proposés par les plateformes. Il est également probable, de manière moins intuitive, que les usagers y soient globalement perdants. Certes, les usagers partageant des contenus pourraient les diffuser plus aisément lorsqu'ils se prévalent d'une exception. En revanche, les usagers qui souhaitent faire un usage ponctuel de contenus protégés en bénéficiant des usages actuellement tolérés par les ayants-droit, ou couverts par des licences, risqueraient de ne plus pouvoir le faire. Par ailleurs, certains contenus actuellement disponibles grâce aux accords de licence pourraient disparaître, au détriment des usagers qui souhaitent simplement avoir accès à ces contenus.

A cet égard, il convient de rappeler que l'obligation de négocier instituée par le a de l'article 17(4) de la directive n'équivaut pas à une obligation de conclure un accord, comme le note également le considérant 61 de la directive. Si cette obligation de négocier constitue, en théorie, un filet de sécurité par rapport au risque décrit ci-dessus, il convient de constater que ses effets pratiques risquent d'être réduits. En effet, la preuve qu'une plateforme n'a pas fait ses « *meilleurs efforts* » pour négocier risque d'être difficile à apporter lors d'un litige, et de toute manière difficile à saisir. De plus, un tel litige n'aurait lieu qu'après l'échec des négociations, laissant subsister une période intermédiaire plus ou moins longue où les inconvénients mentionnés ci-dessus persisteraient pour les parties concernées.

2. Le contrôle préventif des contenus sur la base des mécanismes techniques existants et bien connus, ainsi que des garanties supplémentaires qu'offre la directive, constituent l'équilibre le plus satisfaisant

En effet, l'équilibre à rechercher entre les droits fondamentaux impose par nature d'admettre que certaines atteintes sont portées, dans la mise en œuvre de l'article 17, comme dans celle de tout texte qui impose une telle conciliation, soit aux droits des titulaires de droit soit aux droits des utilisateurs. Afin de définir cet équilibre, il faut donc prendre en compte la portée des atteintes aux droits en cause.

i) D'une part, l'atteinte au droit de propriété résultant d'un acte de partage illicite mais non-bloqué est susceptible de revêtir une très forte gravité

Cette gravité résulte de la nature même des plateformes de partage et de leurs caractéristiques : large audience, reproductibilité virale qui empêche de revenir sur un acte de partage une fois effectué, absence d'alternative aux outils automatisés pour assurer un contrôle efficace. Ce risque de diffusion irréversible d'un contenu protégé n'est pas théorique. À titre d'exemple, certains comptes sur des plateformes très populaires sont spécialisés dans la copie de contenus protégés postés sur d'autres plateformes ou sites afin de capter des vues et les revenus afférents, lorsque ces contenus ne font pas l'objet d'un blocage au téléversement[117]. Des contenus mis en ligne sur une plateforme à forte visibilité peuvent ensuite être téléchargés puis conservés pour un usage privé, voire téléversés sur d'autres plateformes moins respectueuses des droits de propriété intellectuelle[118].

Par ailleurs, les ayants droit faisant face à une telle dissémination de leur contenu sont dans l'incapacité pratique d'y remédier, sauf à encourir des coûts administratifs démesurés, compte tenu de la fragmentation de la responsabilité entre de multiples plateformes et utilisateurs individuels. La possibilité de recours indemnitaires efficaces paraît tout aussi illusoire. Aucun remède *ex post* ne peut donc véritablement compenser la gravité de l'atteinte au droit d'auteur pouvant résulter de l'absence de blocage préventif des contenus.

ii) Plusieurs facteurs atténuent la portée des risques d'atteinte à la liberté d'expression

Premièrement, ainsi qu'il a été dit plus haut, tout blocage, s'il est infondé, ne sera que temporaire, eu égard à l'intervention du mécanisme de plainte.

Deuxièmement, le blocage sera loin d'être systématique : dans la majorité, il n'interviendra pas, que le partage du contenu en cause fasse l'objet d'une tolérance de l'ayant droit dans le cadre des règles de gestion qu'il a définies ou que celui-ci ait choisi de l'autoriser en contrepartie de la monétisation du partage.

Troisièmement, les outils de reconnaissance ne portent aucun regard sur le contenu de l'œuvre lui-même : ils se bornent à la comparer à une banque de références (empreinte, *watermark*, etc.) pour en déduire une correspondance. Ce fonctionnement même écarte tout risque de censure sur le fondement des opinions d'un utilisateur ou de la nature du contenu partagé, et permet la mise en œuvre d'une logique préventive sans porter une atteinte

---

[117] Sam Quach, « YouTube, K-Pop, and the Emergence of Content Copycats », *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 41, n° 1, 2019. Ce cas d'étude illustre par ailleurs les enjeux qui s'attachent à la protection des textes.

[118] Le phénomène de téléchargement des contenus disponibles sur des sites de *streaming*, souvent appelé *stream-ripping*, est une tendance croissante. V. à ce sujet l'étude de la Hadopi de septembre 2020 sur *Les pratiques d'écoute de musique en ligne* (volet qualitatif) (en ligne : https://hadopi.fr/ressources/etudes/les-pratiques-decoute-de-musique-en-ligne), ainsi qu'une étude complète dédiée à ce point, commandée par l'Intellectual Property Office du Royaume-Uni et par PRS for Music : *Stream-ripping: How it works and its role in the UK music piracy landscape*, juillet 2017 (en ligne : https://www.prsformusic.com/-/media/files/prs-for-music/research/streamrippingresearchjuly2017.pdf).

excessive à la liberté d'expression. La simplicité de ces outils apparaît ainsi comme une forme de garantie au regard de ce qui fait le cœur même de la liberté d'expression. De ce point de vue, la mise en œuvre de tels outils préventifs proportionnés à leur objet à des fins de protection du droit d'auteur soulève des enjeux moins sensibles que ceux que soulève par exemple la détection des discours de haine ou des contenus inappropriés pour les enfants, que développent pourtant les plateformes (cf. I.A.1.i).

La Cour de justice a d'ailleurs déjà accepté un raisonnement similaire s'agissant de la remise en ligne de contenu diffamatoire, dans un contexte juridique différent — il s'agit alors d'apprécier la proportionnalité de l'obligation imposée à une plateforme. Elle a ainsi constaté qu'il n'était pas excessif d'enjoindre à Facebook de prévenir automatiquement la mise en ligne d'un contenu identique à un contenu précédemment jugé diffamatoire, l'identification de ce contenu n'appelant pas d'« *appréciation autonome* »[119].

iii) La situation dans laquelle un outil identifie une correspondance entre un contenu protégé et le contenu téléversé implique, en l'absence d'autorisation, une forte probabilité d'atteinte au droit d'auteur, qui justifie une intervention préventive

La correspondance entre le contenu protégé et le contenu téléversé permet de présumer que le contenu entre dans le champ du droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur a la caractéristique d'être un droit exclusif : la licéité d'un usage dépend donc, sauf exceptions, de l'autorisation de l'ayant droit, qui va précisément être amené à se prononcer à ce sujet en cas de réclamation. La question se pose donc en des termes très différents des autres enjeux de régulation des plateformes, où la licéité du contenu dépend pour l'essentiel d'une qualification objective. En matière de droit d'auteur, si le droit d'auteur ou le droit voisin est mis en œuvre – ce qui sera suffisamment attesté par les informations pertinentes et nécessaires fournies par les ayants droit –, la correspondance vaut présomption d'illicéité.

Cette présomption ne peut être écartée que si le contenu bénéficie d'un usage légitime, en particulier d'une exception ou limitation, qui sont par nature limitées, ou dans l'hypothèse d'un faux positif, excessivement rare du fait des technologies utilisées[120]. En d'autres termes, l'atteinte au droit en cause est, en l'absence d'autorisation, très probable lorsque l'outil détecte une correspondance. Il en résulte que le système assure, par construction, une proportionnalité de l'intervention des outils automatiques, qui sera justifiée dans la très grande majorité des cas, même lorsqu'il s'agit de bloquer le contenu.

Si un obstacle devait être mis à la protection du droit d'auteur assurée par les outils de reconnaissance, par exemple en fixant un seuil quantitatif en deçà duquel le blocage serait interdit, il y aurait une asymétrie entre le risque d'une très forte remise en cause de la protection due au droit d'auteur et le risque d'atteintes ponctuelles à la liberté d'expression, qui seront en tout état de cause cantonnées à une très petite minorité des cas de blocage. La

[119] Arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek*, préc., para 46.

[120] La mission renvoie sur ce point à l'analyse détaillée des techniques de reconnaissance automatique des œuvres dans son premier rapport, ainsi qu'à l'analyse technique produite par l'EUIPO (*op. cit.*, p. 20).

comparaison de la gravité des atteintes justifie donc le recours aux outils automatisés dans la mise en œuvre de l'article 17.

3. Le mécanisme de recours en cas de blocage, d'une part, et la responsabilité des plateformes, d'autre part, doivent rester les deux principaux concepts régulateurs de l'article 17

i) Le mécanisme de recours prévu par l'article 17(9) constitue une garantie nécessaire et suffisante pour les utilisateurs

Le mécanisme de recours est au cœur de l'article 17. Ce dispositif permet de garantir que les atteintes limitées aux droits des utilisateurs ne soient que temporaires, et que ceux-ci puissent se prévaloir des exceptions, notamment de citation et de parodie, ainsi que le prévoit l'article 17(7).

Le texte de la directive lui-même souligne l'articulation étroite entre le mécanisme de plaintes et la garantie des exceptions. Son considérant 70 plaide d'abord en ce sens. Commentant l'article 17, il prévoit que le dispositif de traitement des plaintes doit précisément permettre aux usagers de contester les mesures prises « *lorsqu'ils pourraient bénéficier d'une exception ou une limitation* ». Si le dispositif retenu permet à l'utilisateur de se prévaloir préventivement d'une exception et d'empêcher tout blocage, il paraît difficile de comprendre dans quelle situation, sauf celle d'un oubli, ce même utilisateur serait amené à contester ensuite le blocage en se prévalant d'une exception.

Plus généralement, il est malaisé de prêter un effet utile à l'importance donnée par le législateur à l'efficacité et à la rapidité du mécanisme de plainte, si l'utilité de ce mécanisme de plainte est en fait fortement diminuée par une approche ex ante obligatoire (quoique non mentionnée par la directive) protégeant le bénéfice des exceptions, qu'elle repose sur une qualification automatique par la plateforme ou sur une qualification manuelle par l'usager.

Enfin, sur le plan factuel, il est établi que les systèmes de plainte actuellement mis en œuvre par les plateformes permettent d'obtenir le déblocage effectif des contenus, lorsque la demande de l'utilisateur est bien fondée. L'étude quantitative menée par l'Hadopi dans le cadre du premier rapport de cette mission notait qu'environ la moitié des réclamations aboutissait à un déblocage du contenu, soit un tiers des contenus bloqués dans l'échantillon sondé[121].

Au total, il paraît donc raisonnable de considérer que :

- l'article 17(7) prévoit, en son premier paragraphe, que la coopération des ayants droit et des plateformes évite que la mise à disposition d'objets protégés qui relèvent d'une exception ou limitation au droit d'auteur soit durablement empêchée ;
- l'article 17(7) suppose aussi, en son second paragraphe, que les usagers puissent se prévaloir de l'exception de citation ou de parodie dans tous les Etats membres, alors

[121] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 100.

même que ces exceptions sont facultatives en application de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 ;

- le mécanisme de plaintes prévu à l'article 17(9) peut assurer la mise en œuvre de ces dispositions.

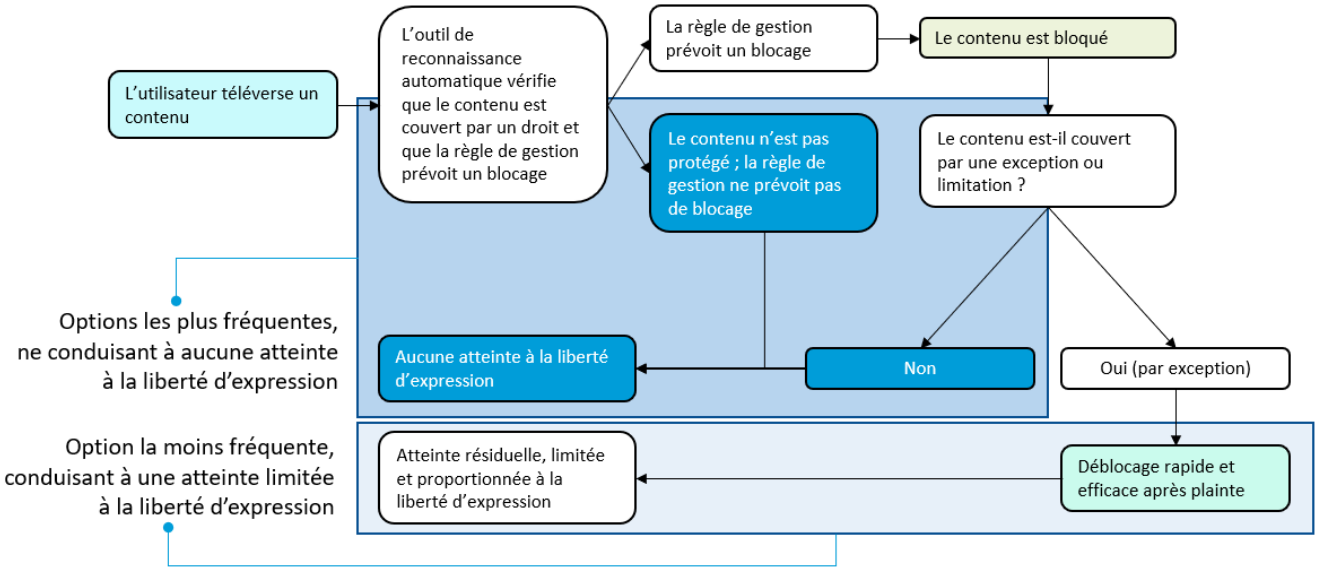

Figure n° 13 : logigramme illustrant le fonctionnement d'un mécanisme préventif de protection du droit d'auteur

ii) En dernier ressort, la responsabilité des plateformes doit rester au cœur de l'article 17

En l'absence de meilleurs efforts pouvant être démontrés par le service, l'article 17 prévoit en termes très clairs et sans autre condition que « *si aucune autorisation n'est accordée, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public* ». La responsabilité est ainsi attachée à la question factuelle de la disponibilité d'un contenu illégal.

Les propositions alternatives qui circulent dans le débat européen ne précisent pas toujours quel serait le régime de responsabilité appliqué aux plateformes ayant autorisé la diffusion de contenus, en appliquant des seuils quantitatifs ou un système de pré-signalement. Il doit toutefois être précisé qu'elles ne sauraient être comprises comme impliquant que les plateformes devraient être exonérées. De telles interprétations seraient en effet de nature à remettre directement en cause la responsabilité des plateformes que prévoit la directive de 2019, et même entraîner un recul par rapport même au régime juridique instauré par l'article 14 de la directive de 2000 sur le commerce électronique.

A cet égard, il est rappelé que les conditions d'exonération prévues à l'article 17, et notamment l'accomplissement des « *meilleurs efforts* », doivent être appréciés au regard de facteurs objectifs. Dans le régime de responsabilité de l'article 17, les plateformes ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité qu'en remplissant les conditions cumulatives prévues à l'article 17(4), au nombre desquels les « *meilleurs efforts* » pour « *garantir l'indisponibilité*

d'œuvres et autres objets protégés » n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation. De tels « *meilleurs efforts* » ne pourraient certainement pas être identifiés dans un système où de nombreux contenus protégés seraient diffusés sur simple déclaration ou en-dessous d'un certain seuil quantitatif : rien ne garantirait alors l'indisponibilité des œuvres protégées, au sens du b de l'article 17(4) de la directive.

Les « *meilleurs efforts* » du b de l'article 17(4) ne peuvent être conçus que de manière objective, c'est-à-dire au vu des spécificités de la plateforme et des moyens disponibles. L'article 17(5) précise d'ailleurs les éléments pris en compte à cette fin : le type, l'audience, la taille du service d'une part, et la disponibilité des moyens et leurs coûts de l'autre. Si ces critères ne sont pas exhaustifs, ils donnent une idée claire de la volonté du législateur : celui-ci a seulement entendu éviter d'imposer des objectifs impossibles aux plateformes, conformément au principe de proportionnalité. En revanche, ce mécanisme juridique exclut toute prise en compte subjective de la bonne foi des plateformes ou de leurs intentions.

Il est alors manifeste que les plateformes qui mettraient en œuvre, sans l'accord exprès des titulaires de droits, des critères ou processus permettant la libération inappropriée de contenus – seuils, déclaration de conformité par l'usager – alors qu'elles pourraient l'éviter engageraient leur responsabilité, sans qu'elles puissent chercher à se prévaloir d'une éventuelle bonne foi.

*

* *

Conclusion de la deuxième partie

Deux visions de la transposition de l'article 17 et de la mise en œuvre des mécanismes de reconnaissance coexistent actuellement, autour de postulats très différents (cf. figure ci-dessus).

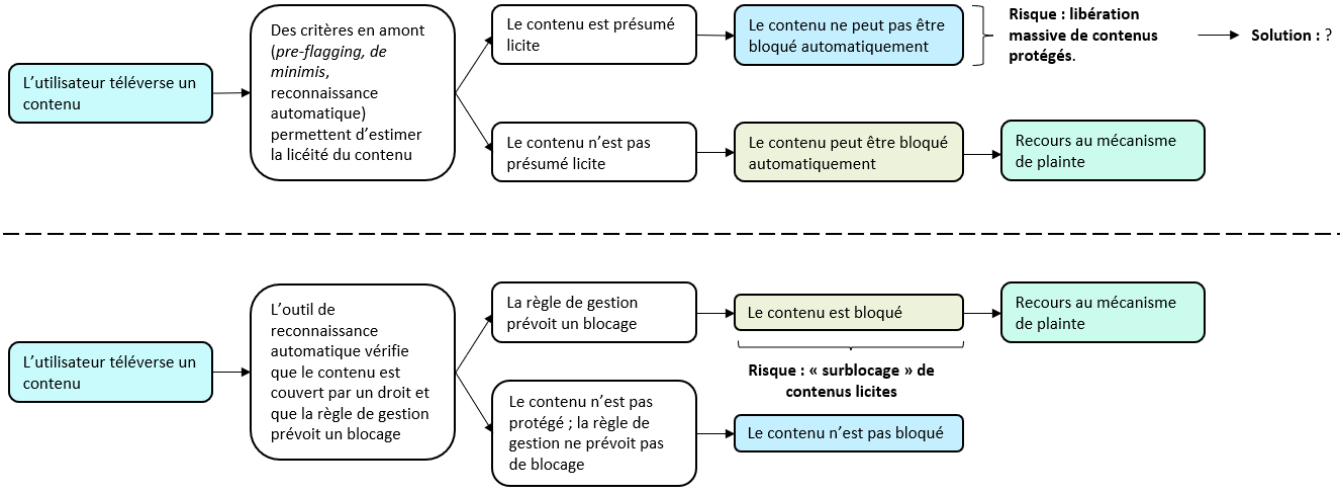

Figure n° 14 : logigramme illustrant les équilibres présentés par les projets de la Commission et de l'Allemagne (en haut) et par le projet de transposition française (en bas)

Au total, seule l'interprétation de l'article 17 reposant sur la mise en œuvre des outils de reconnaissance en amont et sur le système de plainte en aval permet d'assurer une conciliation équilibrée des droits en cause : tout risque de sur-blocage ne peut être que résiduel, grâce à l'encouragement des licences et des tolérances, et temporaire, grâce à des réclamations efficaces.

La mise en place de cet écosystème favorable suppose encore l'amélioration de nombreuses pratiques — allant d'une transparence accrue des règles de gestion et des algorithmes mis en œuvre à la responsabilisation des ayants droit —, qui font l'objet de la dernière partie de ce rapport.

III. Le respect des équilibres de l'article 17 doit être inspiré par les bonnes pratiques existantes et mobiliser tous les progrès que permet la directive

L'article 17 de la directive constitue un progrès pour tous les acteurs compte tenu de son équilibre d'ensemble. D'une part, il garantit une meilleure protection des droits de propriété intellectuelle, dans une logique de mise à niveau entre les plateformes et d'une homogénéisation des garanties pour les ayants droit et pour les utilisateurs. D'autre part, il assortit de garanties inédites l'usage de technologies de reconnaissance de contenu.

La mission considère que plusieurs mesures permettraient de garantir l'équilibre de l'article 17 de la directive 2019/790, consistant à préserver les intérêts des usagers tout en respectant les prérogatives des ayants droits. Cette mission identifie trois principaux axes permettant de parvenir à un tel objectif, dans le respect du texte de l'article 17.

Premièrement (III.A), elle considère que la mise en œuvre de l'article 17 au niveau national doit passer par un juste équilibre entre l'inscription dans la loi des principes essentiels et une mise en œuvre souple. De ce point de vue, elle recommande que la possibilité d'invoquer les exceptions soit clairement prévue dans le cadre du projet de transposition français, afin d'assurer une sécurité juridique maximale (A.1). En revanche, elle affirme également que tous les paramètres de ce dispositif, compte tenu de son caractère nécessairement évolutif, ne peuvent être rigidifiés dès aujourd'hui. Un régulateur ou la pratique des acteurs économiques devront jouer un rôle important dans l'évolution du cadre ainsi posé (A.2).

Deuxièmement (III.B), elle souligne qu'il convient de donner toute sa place à l'utilisateur en cas de blocage, pour s'assurer de l'effectivité de ses droits. Cela passe par la pleine mise en œuvre des garanties prévues par l'article 17 quant au processus de plainte : rapidité, efficacité et intervention d'une revue humaine (B.1). A titre plus prospectif, la mission s'interroge sur la mise en place possible d'outils de « tri intelligent » (*smart processing*) des plaintes, afin de garantir une prise en compte différenciée des plaintes selon leurs enjeux (B.2).

Troisièmement (III.C), elle considère que le principal objectif de la mise en œuvre de l'article 17 doit être d'encourager la liberté d'expression non par la dissémination incontrôlée de contenus illicites, mais par le développement des pratiques de licences, et, pour les contenus relevant du droit exclusif, des tolérances des ayants droit. La mission explore deux pistes permettant de renforcer cette dynamique vertueuse : l'amélioration de la transparence des règles de gestion des droits (C.1) et la responsabilisation des ayants droit (C.2).

La mission s'appuie, pour formuler ces propositions, sur les modèles déjà utilisés par certaines plateformes dans la protection de certains contenus. Pour autant, conformément à son approche générale sur la mise en œuvre de l'article 17, elle ne considère pas que ces pratiques, qui peuvent constituer des références utiles, doivent être rigidifiées ou codifiées ou encore imposées, et encore moins qu'elles puissent être appliquées par toutes les plateformes. Selon leur taille, leurs moyens techniques et humains, et les enjeux de protection du droit d'auteur auxquelles elles font face, différentes plateformes pourront légitimement adopter des

politiques et solutions différentes. La même observation vaut s'agissant des titulaires de droits et des types de contenus concernés.

A travers ses recommandations et les exemples qui les accompagnent, la mission souhaite pointer les principes généraux qui lui semblent devoir être tenus dans l'application de l'article 17, tout en soulignant qu'une adaptation fine des pratiques aux enjeux doit prévaloir, pour les plateformes comme pour les ayants droit. C'est une approche volontaire qui doit prévaloir et, qu'il s'agisse des secteurs ou des plateformes, aucune solution uniforme (« *one size fits all* ») ne saurait s'imposer.

*

* *

A. Inscrire les garanties essentielles au niveau de la loi tout en permettant une régulation souple au gré de l'évolution de la technique et des usages

1. Inscrire la garantie des exceptions dans le texte de transposition français

i) L'actuel avant-projet de transposition français ne prévoit pas de mentionner explicitement l'application des exceptions de parodie et de citation

Ainsi qu'il a été dit plus haut, l'article 17(7) de la directive 2019/790/UE dispose que :

> « *La coopération entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits ne conduit pas à empêcher la mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés téléversés par des utilisateurs qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation.*
>
> *Les États membres veillent à ce que les utilisateurs dans chaque État membre puissent se prévaloir de l'une quelconque des exceptions ou limitations existantes suivantes lorsqu'ils téléversent et mettent à disposition des contenus générés par les utilisateurs sur les services de partage de contenus en ligne :*
>
> *a) citation, critique, revue ;*
>
> *b) utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche.* »

Le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, déposé le jeudi 5 décembre 2019 sur le bureau de l'Assemblée nationale, ne procédait pas à une transposition explicite de ce point. Il faisait pourtant une mention explicite des « *exceptions et limitations au droit d'auteur prévues par le présent code et permettant une utilisation licite des œuvres* »[122], ce qui témoignait nettement que le régime des exceptions,

[122] IV de l'article L. 137-4 (nouveau) du code de la propriété intellectuelle, qu'insérait l'article 16 du projet de loi. En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2488_projet-loi#B2393458478

d'une part, et celui de la responsabilité des fournisseurs d'un service de partage de contenus, d'autre part, se combinaient naturellement.

L'avis d'assemblée générale du Conseil d'Etat sur le projet de loi[123] précisait en ce sens que les exceptions au droit d'auteur étaient déjà mises en œuvre par le droit en vigueur : leur mise en œuvre en droit français, dans le cadre du régime de responsabilité des plateformes, n'appelait donc pas de dispositions spéciales.

En effet, l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle (CPI) prévoit déjà la liste des exceptions au droit d'auteur. Cette liste comprend notamment les deux exceptions rendues obligatoires dans le contexte de l'article 17 par le second paragraphe de son (7), à savoir l'exception de citation (a du 3° de l'article L. 122-5 du CPI) et l'exception de parodie (4° de cet article). Par ailleurs, il ressort clairement du texte de la directive comme de transposition que le fondement du mécanisme qu'ils instaurent est bien le droit d'auteur.

ii) Si l'ajout des exceptions obligatoires de l'article 17 à la transposition française n'est pas strictement nécessaire, elle permettrait de clarifier le droit applicable

D'un point de vue juridique, l'ajout dans le texte français d'une mention des exceptions ne paraît donc pas strictement nécessaire : dès lors que plateformes, ayants droit et utilisateurs se placent dans le cadre du droit d'auteur, les exceptions leur sont applicables de plein droit. Pourtant, la mission considère que l'ajout d'une référence à l'application des exceptions dans le texte de transposition pourrait se justifier au regard de deux principales considérations, même si elle ne modifie pas le droit applicable.

Premièrement, cet ajout permettrait d'assurer la lisibilité interne du régime pour l'ensemble des parties prenantes. Un renvoi aux exceptions prévues en droit français permettrait d'effectuer cette clarification sans nuire à la cohérence du droit applicable, et de réaffirmer la vocation transversale de cette liste. Ce renvoi aux exceptions existantes au droit d'auteur permettrait également de signaler la distance prise par la France vis-à-vis de l'interprétation du droit de communication au public comme un « droit *sui generis* » (cf. II.B.1.iii), et d'ancrer fermement l'article 17 et sa transposition dans le droit commun.

Deuxièmement, l'ajout d'une référence à l'application des exceptions dans le texte permettrait de mettre en valeur la dimension processuelle qu'introduit le second paragraphe de l'article 17(7). Celui-ci prévoit que les utilisateurs peuvent « *se prévaloir* » des exceptions dans leurs rapports avec les plateformes. Compte tenu de l'importance du mécanisme de plaintes dans l'équilibre global de la transposition, il est utile de préciser que les utilisateurs doivent pouvoir signaler, après le blocage d'un de leurs contenus, qu'ils considèrent pouvoir bénéficier d'une exception. Cet ajout aurait également une utilité opérationnelle pour les plateformes, qui proposent généralement aux utilisateurs de formuler leurs réclamations sur la base d'une liste fermée de motifs : il leur indiquerait nettement que cette liste doit comprendre une référence aux exceptions pertinentes, notamment de citation et de parodie.

[123] Point 33.

Proposition n° 1. Ajouter une référence explicite aux exceptions dans la transposition française de l'article 17.

2. Dans le contexte français, donner toute sa place au régulateur dans l'équilibre évolutif de l'article 17

i) La mission constate que les équilibres actuels dans la mise en œuvre de l'article 17 ne seront probablement pas ceux de la prochaine décennie ou de la suivante

D'abord, les techniques connaissent une évolution rapide. Le premier rapport de cette mission montrait que, si les outils de reconnaissance des contenus par empreinte existent depuis les années 1990, ils n'ont été adoptés par les grands acteurs qu'à la fin des années 2000[124]. Au-delà de leur principe même, leur sophistication technique est allée croissante et leur permet maintenant de reconnaître des extraits brefs ou d'identifier des directs[125]. Demain, leur perfectionnement toujours accru ou l'introduction d'autres outils, notamment fondés sur l'intelligence artificielle, pourrait modifier les termes du débat, par exemple en réduisant encore le taux déjà très réduit de « faux positifs » lors du téléversement ou en permettant de reconnaître en amont des contenus particulièrement susceptibles de relever d'une exception.

La directive a tiré les conséquences de ces constats en optant pour des termes technologiquement neutres, telle que la notion de « *meilleurs efforts* » des plateformes ou d'« *informations nécessaires et pertinentes* » pour les ayants droit pour éviter la présence de contenus contrefaisants.

Les usages des internautes sont également en perpétuel renouvellement. A titre d'exemple, la comparaison de deux études conduites par la Hadopi en 2013[126] et 2020[127] sur la consommation de contenus musicaux en ligne montre une forte augmentation du recours aux réseaux sociaux, et l'émergence de plateformes de formats courts (TikTok, Snapchat) qui n'existaient pas en 2013. Cette évolution des usages est multipliée par autant de secteurs, qui connaissent chacun leurs évolutions, leurs paysages de plateformes, d'utilisateurs et d'ayants droit et leurs enjeux technologiques. Ces observations montrent qu'il convient de ne pas rigidifier les modes d'application des dispositions de l'article 17 selon un état de l'art et des usages qui sont appelés à connaître des évolutions rapides.

ii) Le recours au régulateur paraît particulièrement adapté dans ce triple contexte

Au moins trois modes d'intervention peuvent être envisagés, qui constituent autant de contributions aux autres propositions de la mission. Ils sont envisagés dans le contexte particulier de la France, qui se trouve déjà disposer d'un tel régulateur sectoriel. Dans d'autres Etats membres, l'auto-régulation par les acteurs des différents secteurs pourra jouer un rôle similaire.

---

[124] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 20.
[125] *Ibid.*, p. 21.
[126] Hadopi, *Etude du volume de consommation des biens et services culturels dématérialisés*, juin 2013.
[127] Hadopi, *Les pratiques d'écoute de musique en ligne*, septembre 2020.

Le régulateur doit d'abord devenir, à très court terme, un recours pour les utilisateurs : moins contraignant que le juge, mais aussi, du point de vue des utilisateurs, plus légitime que les plateformes ou les ayants droit, il peut contribuer à l'effectivité des mécanismes de plainte mis en place par les plateformes (cf. III.B.1), sans s'y substituer et en ligne avec le second alinéa de l'article 17(9), qui prévoit des « *mécanismes de recours extrajudiciaires* ». C'est d'ailleurs en ce sens que le premier projet de transposition français proposait d'insérer une mention de ce rôle du régulateur au III du nouvel article L. 137-4 du CPI.

Proposition n° 2. Conforter le rôle de la Hadopi comme « recours extrajudiciaire » au sens de l'article 17(9) de la directive.

Le régulateur peut ensuite intervenir, à moyen terme, pour favoriser les bonnes pratiques. A terme, on peut imaginer la mise en place de recommandations non-contraignantes du régulateur portant sur les bonnes pratiques ou sur les tolérances mises en place par les ayants droit, afin d'encourager leur diffusion et d'en améliorer la transparence (cf. III.C.1). De telles recommandations paraissent plus adaptées à l'évolution du monde numérique que la fixation de seuils quantitatifs.

En effet, ainsi qu'il a été dit plus haut, les tolérances ne peuvent être fixées de manière transversale, pour tous les ayants droit, tous les contenus et toutes les plateformes. Par ailleurs, ces tolérances ne peuvent devenir des normes obligatoires, sous peine de priver les ayants droit d'une flexibilité nécessaire pour couvrir la diversité de leur catalogue et des usages.

Proposition n° 3. Diffuser des recommandations générales, mettre en exergue les bonnes pratiques et encourager les tolérances dans les règles de gestion fixées par les ayants droit, selon les types de des plateformes et de contenus.

Enfin, le régulateur peut contribuer à éclairer de manière souple les « standards » juridiques mis en place par la directive et transposés en droit français, tels que la notion de « *meilleurs efforts* ». Ce faisant, il permettrait d'accroître la sécurité juridique du dispositif pour l'ensemble des parties prenantes, tout en facilitant son adaptation aux évolutions techniques et à la diversité des secteurs et des usages. Demain, le régulateur pourrait ainsi accompagner la mise en œuvre de l'article 17 dans des secteurs où les mécanismes de ce type sont encore rares – photographie, livre, etc. A plus long terme, il pourrait contribuer à l'actualisation constante de la notion de « *meilleurs efforts* » en fonction des évolutions techniques, par exemple en éclairant le rôle que pourra jouer l'intelligence artificielle en combinaison avec les techniques actuelles.

Pour mener à bien cette mission, le régulateur devrait pouvoir solliciter toutes informations utiles auprès des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, des titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins concernés ou des concepteurs de ces technologies de reconnaissance de contenus. La Haute Autorité devrait pouvoir publier certaines données en tenant compte à la fois du degré de transparence nécessaire et du respect du secret des affaires.

Cette évaluation devrait permettre d'accompagner les plateformes et les ayants droit dans leur collaboration par le biais de recommandations et de mises en lumière des bonnes pratiques notamment sur la finesse des paramétrages des outils au regard des usages légitimes.

Proposition n° 4. Maintenir une veille technologique et un rôle d'évaluation qui permette d'éclairer les notions de la directive (« *meilleurs efforts* » ; « *informations pertinentes et nécessaires* ») en fonction des évolutions techniques, notamment grâce à des pouvoirs confiés au régulateur, qui lui permettront de disposer des informations utiles tout en préservant le secret des affaires.

Au niveau français, ces fonctions auraient vocation à être confiées à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, ainsi que le prévoit d'ailleurs déjà le projet d'article d'habilitation adopté par le Parlement dans la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

Au niveau européen, la Commission pourra contribuer à orienter l'ensemble des autorités des Etats membres par les orientations prévues à l'article 17(10) de la directive.

*

* *

B. Donner toute sa place à l'utilisateur en garantissant un système de plainte rapide et efficace

1. Garantir le traitement rapide et efficace des plaintes, le cas échéant selon une procédure accélérée

i) La prise en compte des réclamations des usagers pourrait être améliorée en comblant les lacunes des systèmes existants

Les processus de traitement des réclamations formulées par les utilisateurs après l'intervention d'une mesure de blocage devraient être améliorés. Des processus de traitement des plaintes ont déjà été mis en œuvre par les plateformes les plus avancées. Ils permettent le traitement de nombreuses réclamations et, lorsque les plaintes sont bien fondées ou parfois lorsqu'il n'est pas répondu dans les délais impartis, le déblocage des contenus partagés.

La mise en œuvre des garanties de l'article 17 contribuera à faciliter l'accès des usagers à ces mécanismes de plainte. Le précédent rapport de cette mission a ainsi montré que ces processus de réclamation pouvaient justement être précisés et mieux connus des usagers : certains d'entre eux peuvent ainsi renoncer à leurs recours faute de comprendre la portée exacte de la démarche[128].

[128] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 101.

De fait, les processus de réclamation actuellement mis en place par les plateformes peuvent comprendre une part d'opacité et des variations, notamment sur le sort réservé aux contenus pendant les périodes de revue, même si certains éléments sont clairement annoncés aux utilisateurs et paraissent intangibles — par exemple le délai d'examen maximum laissé aux ayants droit, qui est de 30 jours sur YouTube.

La mission ainsi a pu analyser le processus de contestation d'un blocage de vidéo sur YouTube :

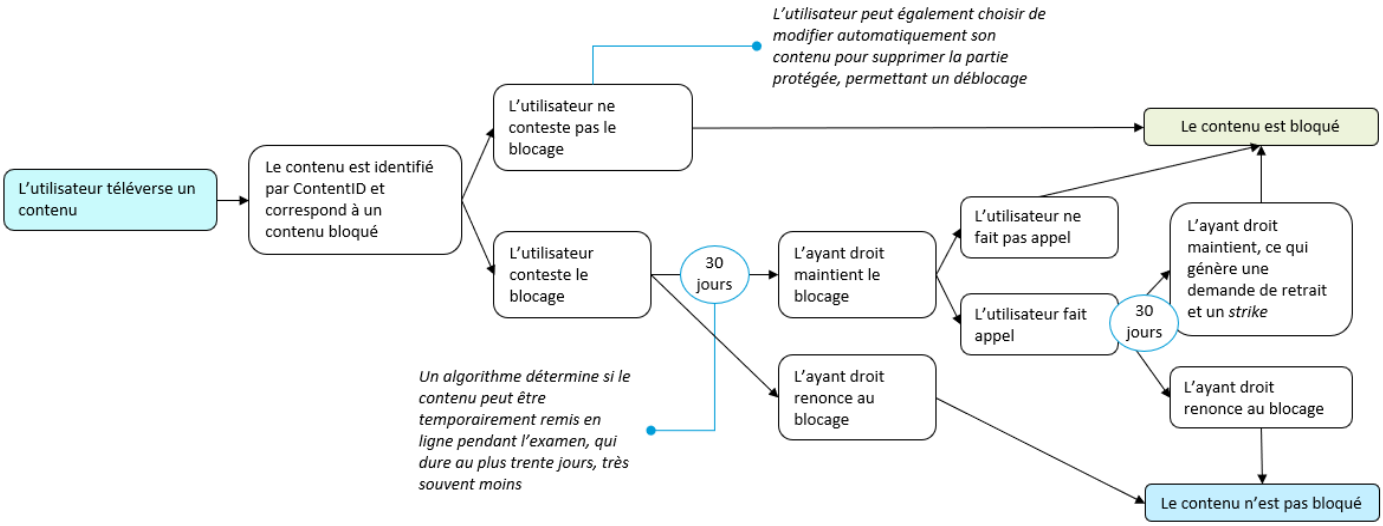

Figure n° 15 : logigramme illustrant le processus de contestation en cas de blocage sur YouTube, selon la compréhension de la mission

Ces progrès pour les utilisateurs ne sont envisageables qu'à condition d'éviter l'application du principe du pays d'origine. Dans sa consultation préalable à l'édiction de ses orientations relatives à l'article 17, la Commission a souligné que, de son point de vue, le mécanisme de plaintes de l'article 17(9) devrait être mis en place selon les règles du « pays d'origine », en application de l'article 3 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique[129]. Une telle interprétation supposerait que les règles des Etats membres d'implantation des plateformes soient appliquées aux recours dans le cadre de l'article 17(9). Cette interprétation est pourtant juridiquement contestable et pratiquement inenvisageable.

D'un point de vue juridique, en premier lieu, cette interprétation s'oppose à l'article 3(3) de la directive sur le commerce électronique, qui prévoit, par renvoi à une annexe, que le principe du pays d'origine ne s'applique pas aux droits de propriété intellectuelle. Ainsi qu'il a été démontré plus haut, il n'est pas soutenable de faire du droit exclusif de l'article 17 un droit *sui generis* distinct du droit d'auteur. Au demeurant, même dans cette interprétation, tout aussi mal fondée soit-elle, ce droit exclusif resterait un droit de propriété intellectuelle entrant dans les prévisions de l'article 3(3) de la directive sur le commerce électronique. Le mécanisme de plaintes prévu à l'article 17(9) constitue donc une extension processuelle d'un droit de

[129] Commission européenne, *op. cit.*, p. 17.

propriété intellectuelle. Il n'est pas séparable de ce droit, dont il permet la mise en œuvre. Il ne peut donc être soumis au principe du pays d'origine.

D'un point de vue pratique, en second lieu, soumettre les recours au principe du pays d'origine réduirait à néant les avancées de l'article 17 pour les utilisateurs. Au stade du recours direct auprès de la plateforme et de l'ayant droit, d'abord, ce principe nuirait à la lisibilité des règles applicables : l'utilisateur ne pourrait pas connaître aisément les règles de droit qui lui seront appliquées par la plateforme et l'ayant droit, en fonction de la juridiction dont relève la plateforme. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que les associations de consommateurs aient vu dans ce principe du pays d'origine un « *élément dissuasif majeur* »[130] et un obstacle au recours. Par ailleurs, cette situation pourrait encourager des plateformes à se placer sous l'égide du droit national le plus favorable à leur égard.

Si le recours extra-judiciaire devait être soumis à ce principe, il deviendrait quasiment inaccessible pour l'usager, contraint de saisir dans une autre langue une autorité étrangère. Cette autorité elle-même se verrait contrainte de se prononcer, notamment, sur la base d'exceptions facultatives qui n'existent pas dans son droit national. Ces effets négatifs paraissent toutefois si évidents qu'il paraît inenvisageable que le principe du pays d'origine soit mis en œuvre au stade du recours extra-judiciaire.

ii) La mise en œuvre de l'article 17 permettra des avancées concrètes par rapport aux pratiques des plateformes les plus avancées

La directive elle-même prévoit deux garanties essentielles que sont le traitement rapide et la revue humaine. Le traitement « *rapide et efficace* » des plaintes constitue déjà l'une des principales garanties prévues par l'article 17 de la directive, en son paragraphe 9. L'article 17(9) souligne par ailleurs que le traitement des plaintes doit permettre une revue humaine des réclamations des utilisateurs.

La crise du covid-19, en modifiant les comportements des plateformes, a souligné l'importance que constituait cette garantie. YouTube a été amené à renforcer son usage des outils automatiques, notamment d'intelligence artificielle, dans sa politique de modération des contenus. L'examen des données mises en ligne par YouTube pour le deuxième trimestre 2020 montre une nette hausse du nombre de vidéos supprimées (+87 %) et, corrélativement, des appels (+95 %) par rapport au premier trimestre[131].

Si ces données ne comprennent pas les blocages ou démonétisations liées à la mise en œuvre des règles sur le droit d'auteur, elles montrent que la combinaison d'une détection automatique et d'une intervention humaine, que permettent les outils de reconnaissance des œuvres et que conforte l'article 17(9) de la directive, demeure la solution la plus équilibrée.

---

[130] Bureau européen des unions de consommateurs, *BEUC Comments. Targeted Consultation on Art. 17 of the Copyright Directive*, septembre 2020. En ligne : https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-088_beuc_comments_-_targeted_consultation_on_art.17_of_the_copyright_directive.pdf

[131] Données avril 2020 – juin 2020 du rapport de transparence (*Transparency Report*) de YouTube : https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals.

Outre ces deux garanties clairement inscrites dans le texte de la directive, au moins trois développements devraient être encouragés pour traduire pleinement les avancées de l'article 17. En premier lieu, les plateformes devraient donc être encouragées à lever les incertitudes en expliquant clairement aux usagers, lors d'un blocage suivi d'une contestation, quelles sont les règles qui seront appliquées au traitement de leur réclamation.

Par ailleurs, la directive fournit, par la combinaison de ses articles 17(7) et 17(9), des garanties aux utilisateurs des plateformes, à travers les exceptions. Les processus de plainte devraient donc permettre aux usagers de se prévaloir clairement de ces exceptions, ainsi que le préciseront les textes de transposition nationaux (cf. III.A.1).

Proposition n° 5. S'assurer, par une veille en continu, que les utilisateurs peuvent se prévaloir du bénéfice d'une exception, y compris dans le cadre du processus de réclamation.

Enfin, en consacrant l'existence de mécanismes de recours ainsi que la possibilité, pour les utilisateurs, de disposer d'une voie de recours extra-judiciaire pour contester le retrait de leur contenu, l'article 17 apporte une protection significativement renforcée des usages légitimes. Ces dispositions permettent en effet de conforter l'utilisateur dans ses droits, en lui permettant de recourir à un tiers de confiance – le régulateur – voire à un juge, s'il considère que la plateforme et l'ayant droit concerné n'ont pas convenablement traité sa demande. A titre d'exemple, l'entretien conduit par cette mission avec des représentants français de vidéastes avait souligné que l'instauration d'une relation de dialogue approfondi avec le régulateur constituait une demande forte de leur part.

2. Engager une réflexion sur le « tri intelligent » des plaintes et des actions, sur une base objective, par la contextualisation des actes de partage

i) L'utilisation d'indices contextuels, ou liés au profil des utilisateurs, est une technique déjà utilisée par les plateformes

Ces méthodes sont déjà utilisées par les plateformes dans leur lutte contre des contenus inappropriés, par exemple en détectant les faux comptes utilisés pour diffuser des informations erronées[132]. Elles mériteraient d'être examinées dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17.

Ces techniques de « tri intelligent » (*smart processing*) pourraient apporter leur renfort au traitement des plaintes.

Selon l'efficacité et la finesse des outils, plusieurs conséquences différentes pourraient être attachées à un tel « tri intelligent », telles qu'un avis fourni par un système d'aide à la décision ou un traitement accéléré des plaintes (cf. aussi III.B.3.iii). De telles avancées contribueraient à la mise en œuvre de l'article 17(9) afin que le système de plainte soit pleinement « *rapide et efficace* ».

[132] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 56.

En tout état de cause, ces mesures doivent être laissées à l'appréciation des plateformes, en fonction de la fiabilité observée des techniques et d'éventuelles négociations avec les ayants droit. En effet, dans tous les cas, celles-ci engageraient leur responsabilité si ces techniques menaient à la diffusion de contenus contrefaisants : leurs « *meilleurs efforts* » se seraient alors révélés insuffisants.

Cet ensemble de mesures rejoindrait, au stade *ex post* de traitement des plaintes, l'objectif présenté par la Commission européenne lorsqu'elle propose de différencier des contenus probablement contrefaisants et probablement licites dans le but minimiser les atteintes aux usages probablement légitimes. Le « tri intelligent » n'est pas un outil qui prend des décisions et il porte sur un faible volume de contenus, ayant fait l'objet de correspondances et sur lesquels, par ailleurs, l'utilisateur aura donné des éléments de contexte quant à l'usage projeté.

Ces outils ont vocation à préconiser des choix pour faciliter le traitement humain des revendications par exemple sur les modalités de traitement des plaintes à mettre en œuvre ou encore sur le sens de la réponse à donner à la contestation dans le cadre du dialogue préliminaire amiable instauré par les plateformes entre l'internaute et l'ayant droit.

Proposition n° 6. Favoriser l'apparition de techniques de « tri intelligent » des réclamations.

ii) Cette piste, qui reste prospective, doit éviter l'écueil d'un traitement inéquitable et implique une vigilance accrue à la question des données personnelles

Les modalités de mise en œuvre d'une telle solution et les garanties associées devront permettre d'éviter un premier écueil qui serait de susciter un traitement inégalitaire des plaintes et réclamations selon la puissance économique des utilisateurs et des ayants droit. Un des objectifs de l'article 17 est de faciliter le traitement équitable des uns et des autres, qui constitue actuellement une des faiblesses du système de traitement de protection du droit d'auteur mis en place par des plateformes telles que YouTube.

Le second risque à pallier tient au traitement de données personnelles, et aux craintes qu'elles pourraient susciter. Les outils de reconnaissance automatiques des contenus, piste privilégiée de la mise en œuvre de l'article 17, permettent aujourd'hui d'éviter le traitement de données personnelles, puisqu'ils reposent sur la comparaison décontextualisée d'empreintes de contenus. En revanche, un système de « tri intelligent » des plaintes et des contenus constituerait certainement un tel traitement, et pourrait même, selon ses caractéristiques, entrer dans le champ des décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé au sens de l'article 22 du règlement 2016/679 sur la protection des données (RGPD).

iii) Ces techniques de contextualisation pourraient par ailleurs répondre aux difficultés exprimées par les vidéastes professionnels quant à la démonétisation des contenus

Si la situation des vidéastes appelle, pour les raisons développées ci-dessus[133], une approche spécifique par rapport à la situation des utilisateurs non commerciaux, elle constitue néanmoins une préoccupation légitime et qui doit être prise en compte.

Même si les autorisations obtenues par les plateformes dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17 ne concerneront pas, en vertu de son paragraphe 2, les utilisateurs dont les activités génèrent des revenus significatifs, les vidéastes pourront néanmoins bénéficier des éléments nés de l'écosystème de l'article 17, tels que la transparence et la généralisation des licences. Ainsi que l'a souligné le premier rapport de cette mission de manière plus complète[134], une extension conventionnelle des autorisations aux vidéastes ne semble pas exclue par l'article 17. En outre, il serait souhaitable que les vidéastes bénéficient aussi d'avancées processuelles dans la mise en œuvre du droit d'auteur.

Tel pourrait notamment être le cas du « tri intelligent » des actions et réclamations. Ainsi, un système de « liste blanches »[135] ouvertes à certains utilisateurs professionnels pourrait être mis en œuvre pour encourager l'écosystème créatif des plateformes sans porter une atteinte excessive au droit de propriété intellectuelle. Il serait particulièrement adapté à ce type d'utilisateurs : relativement peu nombreux, responsabilisés par leur activité économique, ils expriment une volonté de conserver leur indépendance tout en se professionnalisant, notamment au regard des enjeux du droit d'auteur. Cette logique peut être rapprochée, dans un tout autre domaine, de celle des « signaleurs de confiance » (*trusted flaggers*) mis en place par certaines plateformes[136] : ces utilisateurs particulièrement fiables dans le signalement de contenus inappropriés se voient confier des prérogatives particulières.

Les vidéastes pourraient ainsi être au premier rang des bénéficiaires de la logique de plus grande disponibilité des contenus, induite par le développement des licences et la transparence accrue dans la gestion des droits qu'encourage la directive.

Proposition n° 7. Permettre aux vidéastes de s'inscrire dans la mise en œuvre de l'article 17 en bénéficiant de « listes blanches » facilitant la diffusion *a priori* de leur contenu.

---

[133] Ils ne bénéficient pas du transfert de responsabilité aux plateformes de partage que l'article 17(2) réserve aux actes de partage des utilisateurs n'agissant pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs.

[134] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC, *op. cit.*, p. 134 – 6.

[135] Ici utilisé dans un sens différent du terme de la « liste d'autorisation » de YouTube, parfois encore nommée liste blanche ou « *white list* ». Cette dernière permet aux ayants droit utilisateurs de Content ID d'éviter que certains utilisateurs – avec lesquels ils auraient par exemple conclu un accord – soient visées par des mesures de démonétisation ou de blocage.

[136] V. not., sur ce dispositif, Commission européenne, *Progress on combating hate speech online through the EU Code of conduct*, note au comité des représentants permanents, 27 septembre 2019. En ligne : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/assessment_of_the_code_of_conduct_on_hate_speech_on_line_-_state_of_play__0.pdf

*

* *

C. Encourager le maintien et l'extension des usages acceptés par les ayants droit en accroissant la transparence du système et ses incitations en ce sens

1. Améliorer la transparence des règles de gestion des droits

i) L'article 17 assure une obligation de transparence nouvelle qui s'exerce à l'égard des ayants droit à travers la transmission d'informations adéquates sur le fonctionnement des outils

Cette exigence constitue une avancée considérable dans la mesure où les outils de reconnaissance de contenus n'étaient jusqu'ici soumis à aucune obligation de transparence, et restaient tant pour les titulaires des droits que pour les utilisateurs des sortes de « boîtes noires ». Outre la complexité inhérente à ce système, cette transparence limitée s'explique aussi par des facteurs commerciaux et juridiques : les paramètres précis utilisés constituent des informations économiques sensibles, dont la diffusion peut poser des difficultés au regard des contrats de licence ou même du droit de la concurrence.

S'il est apparu clairement, dans les résultats de l'étude menée dans la cadre de la première mission conjointe conduite par le CSPLA, l'Hadopi et le CNC, que les utilisateurs acceptaient et comprenaient que des mesures soient prises par les plateformes pour assurer le respect du droit, il ressortait également une certaine incompréhension des internautes des modalités d'application du droit d'auteur.

En exigeant que les utilisateurs soient mieux informés des modalités d'application du droit d'auteur, l'article 17 permet de mieux accompagner leurs pratiques et de leur éviter de se retrouver confrontés au blocage légitime de leur contenu.

Cette transparence contribuera à faire toute sa place à l'évaluation périodique des technologies de reconnaissance de contenus et de leur déploiement, indispensable pour apprécier de manière dynamique les meilleurs efforts fournis par les plateformes et s'assurer du bon équilibre de leur mise en œuvre.

ii) Plusieurs formules sont envisageables pour accroître la transparence des règles et de leur mise en œuvre

Il faut anticiper dès ce stade qu'une transparence *ex ante* des règles pour tous les contenus, toutes les plateformes et tous les ayants droit n'est sans doute ni possible ni opportune :

- en pratique, elle serait très certainement inexploitable du fait de son niveau de détail par la grande majorité des utilisateurs des plateformes ;
- elle risquerait de rigidifier les règles de gestion dans le temps, alors même que son écoulement, en diminuant la valeur économique des contenus, peut favoriser l'assouplissement des règles de gestion ;

- elle pourrait empêcher les ayants droit de prendre en compte la diversité des contenus, alors que celle-ci est pourtant déterminante dans la fixation des règles. Par exemple, les actions phares d'une rencontre sportive ou les moments marquants d'une émission de télévision peuvent avoir une forte valeur économique, même s'il s'agit d'extraits de quelques secondes qui ne seraient pas bloqués s'ils étaient intégrés à un autre contenu ;
- au regard des prérogatives des ayants droit, toute forme de pratique opposable risquerait de consacrer *de facto* une forme d'exception *de minimis*, ce qui les inciterait à une approche restrictive ;
- ainsi qu'il a été dit ci-dessus, elle poserait des difficultés économiques et commerciales, voire concurrentielles, compte tenu de la sensibilité économique de ces informations.

Il faut par ailleurs réserver dès ce stade la question des contenus sous licence, tels que le sont généralement les contenus musicaux. Pour ces contenus, qui peuvent être mis en ligne librement par les utilisateurs – sous réserve d'une éventuelle monétisation –, les enjeux de la transparence sont moindres.

Ces différents facteurs rendent difficile d'envisager, en l'état, une transparence *ex ante* et systématique des règles de gestion applicables aux différents contenus. En revanche, plusieurs autres pistes peuvent être envisagées. Elles doivent être regardées comme exploratoires à ce stade : ainsi qu'il a été dit plus tôt, le dialogue de régulation doit jouer son rôle dans la définition des pratiques.

Il pourrait d'abord être envisagé de prévoir une transparence *ex ante*, qui porterait sur des principes généraux et non sur les contenus. Les ayants droit pourraient ainsi être encouragés à publier les règles par défaut ou une moyenne des règles appliquées par catégorie de contenu. Par exemple, un producteur de films pourrait annoncer qu'il met généralement en œuvre un blocage à partir d'une durée d'extrait de cinq minutes, un examen au cas par cas au-dessus de trois minutes et une tolérance en-deçà de ce seuil, tout en précisant que ces règles peuvent être adaptées au cas par cas.

Une version approfondie de cette proposition passerait par la publication de telles lignes directrices par les ayants droit. Ceux-ci pourraient faire connaître à la fois la règle générale et les différents facteurs qu'ils sont susceptibles de prendre en compte pour y déroger.

Enfin, le régulateur pourrait contribuer à cette transparence, y compris à court terme, en envisageant une étude des usages et des conditions d'autorisation associées. Cette étude porterait à la connaissance des usagers les grandes orientations de la politique des ayants droit dans chaque secteur, et éventuellement pour certaines sous-catégories de contenus. Un tel document permettrait aux usagers de savoir quels secteurs privilégient la monétisation ou le blocage, et de cerner les principales tolérances probables selon le contenu dont ils souhaitent faire usage.

Ces éléments de transparence *ex ante* permettraient aux usagers d'anticiper les conséquences prévisibles de la mise en ligne d'un contenu en fonction de sa nature, de sa longueur et de

l'identité de ses ayants droit, et ainsi diminuer tant les conflits que les éventuelles incompréhensions.

Proposition n° 8. Encourager la diffusion des lignes directrices ou règles généralement appliquées par les ayants droit dans la mise en œuvre des outils de reconnaissance, en garantissant la flexibilité de leur mise en œuvre. A l'échelle des différents secteurs, prévoir la réalisation d'une étude des usages par la Hadopi.

Ces orientations pourraient être complétées par une transparence *ex post* lors de l'application d'une règle de gestion. En cas de blocage ou de monétisation, les utilisateurs pourraient prendre connaissance, spontanément ou à l'occasion d'une réclamation, de l'identité de l'ayant droit concerné, de la partie précise du contenu partagé couvert par les droits invoqués et du contenu de la règle de gestion mise en œuvre. Dans certains cas, cette information pourrait leur suffire à ajuster leur contenu de manière à éviter le blocage. Elle contribuerait en tout état de cause à l'acceptation du mécanisme.

Cette proposition recoupe certaines des meilleures pratiques constatées sur les plateformes les plus avancées. Ainsi, Facebook affiche l'action prise et indique la durée de la correspondance. De même, YouTube informe les internautes ayant fait l'objet d'une mesure de gestion du type de revendication, de l'impact sur la vidéo, des règles définies par le titulaire des droits d'auteur et de l'identité des titulaires. YouTube propose également des actions automatiques permettant de remédier à la correspondance. Sur ce point, l'article 17 devrait permettre un alignement par le haut des politiques mises en œuvre par les plateformes, sans empêcher les plus engagées dans le processus de transparence d'approfondir encore leurs efforts.

Proposition n° 9. En cas d'application d'une règle de gestion à un contenu téléversé, informer précisément les utilisateurs de la règle appliquée en ouvrant la possibilité aux utilisateurs d'adapter leurs pratiques en conséquence.

Enfin, au-delà même des règles de gestion, les conditions de leur application par les plateformes constituent un sujet d'intérêt légitime pour l'ensemble des acteurs de l'écosystème numérique. En effet, le paramétrage des algorithmes qui sont utilisés pour mettre en œuvre les règles conditionnent à la fois l'efficacité du système pour les ayants droit et son acceptabilité pour les utilisateurs. Pourtant, sauf à procéder à des tests extensifs, comme ceux qu'a pratiqués la mission pour son premier rapport, ni les uns ni les autres ne peuvent disposer de données fiables sur le fonctionnement réel des outils ni sur l'étendue de leur mise en œuvre. D'un point de vue juridique, cette situation rend également difficile d'évaluer précisément la teneur des « *meilleurs efforts* » des plateformes, seules à maîtriser le réglage technique des outils.

Ainsi, dans le cadre des progrès plus larges sur l'interprétabilité, sur l'explicabilité et sur la transparence des décisions algorithmiques[137] – ou plus succinctement la transparence des algorithmes –, une meilleure information sur les algorithmes mis en œuvre par les plateformes pour garantir la protection du droit d'auteur pourrait être encouragée. Cette transparence permettrait de vérifier que les outils et algorithmes utilisés ne comprennent pas de biais en la défaveur des ayants droit ou des utilisateurs. Elle pourrait, en particulier, être garantie par l'usage des pouvoirs du régulateur qui lui permettraient d'obtenir la communication d'informations de la part des plateformes (cf. proposition n° 4).

Proposition n° 10. Accroître la transparence des algorithmes et solutions techniques mises en œuvre par les plateformes pour protéger le droit d'auteur, en prévoyant une intervention appropriée du régulateur.

2. Favoriser le développement des usages légitimes par l'extension des licences et la responsabilisation des ayants droit

i) L'article 17 doit se traduire par la conclusion de licences par les plateformes avec les ayants droits de tous les secteurs dont les œuvres sont partagés

L'article 17 doit impérativement conduire les plateformes à étendre le périmètre des mesures de protection et des licences à de nouveaux contenus, au-delà de la musique et de l'audiovisuel. Si la mission a exploré en détail la situation des ayants droit de la musique et de la vidéo dans le présent rapport, afin de souligner la manière dont les outils de reconnaissance fonctionnent aujourd'hui, elle rappelle que de nombreux secteurs entrent dans le champ de la directive sans bénéficier aujourd'hui ni d'accords de licence ni de la protection offerte par la mise en œuvre des outils de reconnaissance. Pour ces secteurs, l'article 17 ne constitue pas seulement un facteur de rééquilibrage d'accords existants mais bien le point de départ d'une nouvelle dynamique contractuelle, au bénéfice tant des ayants droit que des utilisateurs.

Devraient notamment bénéficier de cette dynamique les ayants droit de l'écrit — livre et presse —, des arts graphiques et visuels, y compris la photographie, ou des droits d'exploitation graphique de la musique, ainsi que l'avait souligné le précédent rapport de la mission[138]. Chacun de ces secteurs fait en effet face à des considérations techniques et juridiques différentes, qui impliquent une mise en œuvre différente et adaptée de chacun des concepts de l'article 17.

Le secteur du livre nécessite ainsi à l'évidence une approche particulière. Les ayants droit concernés, très largement attachés, comme dans d'autres secteurs (par exemple le cinéma), en tout cas à ce stade, à des modes de valorisation de leur catalogue autres que les plateformes de partage, auront vocation à mettre en œuvre leur prérogative d'autorisation

[137] V. à ce sujet, notamment, le règlement 2019/1150 du 20 juin 2019 et les lignes directrices concernant la transparence en matière de classement de la Commission européenne (C/2020/8579) de décembre 2020.
[138] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC du 29 janvier 2020, *op. cit.*, p. 82 – 5.

en conséquence. Ils pourront ainsi choisir de privilégier la mise en place des outils de reconnaissance à des fins de blocage.

Le secteur de l'image fixe constitue un autre exemple de cette situation. L'immensité des catalogues, la fragmentation des ayants droit et le nombre d'œuvres disponibles sur les grandes plateformes de partage d'images – telles qu'Instagram – ne doivent pas être des facteurs de blocage d'une négociation qui reste largement à engager. Ils constituent au contraire autant de raisons d'entrer dans une logique de développement des accords de licences, non seulement pour les œuvres au titre desquelles les informations pertinentes et nécessaires à la mise en œuvre des meilleurs efforts des plateformes seront transmises, mais aussi pour l'ensemble des catalogues concernés.

A cet égard, la mission souligne que les meilleurs efforts des plateformes pour obtenir une autorisation constituent un préalable indispensable à la mise en œuvre de la directive. S'agissant notamment d'ayants droit qui, comme les organismes de gestion collective des arts visuels représentent des répertoires à la présence incontestable et amplement documentée sur certaines plateformes, l'attentisme et la mauvaise foi ne sauraient être une position de négociation pour les plateformes – ni l'inertie une option pour les autorités publiques si la situation devait se confirmer.

L'obligation de recueillir une autorisation qui pèse sur les plateformes n'est pas limitée par la directive aux plateformes au titre des contenus qui sont « typiquement téléversés » par les utilisateurs. Comme elle l'a précisé dans son précédent rapport, la mission rappelle que les actes de communication au public des œuvres de l'écrit ou de l'image qui sont réalisés, par exemple, sur des plateformes de partage de vidéo, n'échappent pas par principe au champ d'application de l'autorisation à délivrer par l'ayant droit.

En parallèle de la négociation qui doit s'engager pour la délivrance des autorisations, la question se posera du contenu de la notion de meilleurs efforts des plateformes pour empêcher la disponibilité et la remise en ligne d'œuvres non autorisés. Ni les difficultés posées par cette notion, ni le risque de blocage d'actes de partage des œuvres de ce répertoire en l'absence d'autorisation ne doivent être surestimés. Les ayants droit de l'image fixe se placent très massivement dans une perspective de délivrance de licences pour les plateformes de partage, qui contribuent à l'exposition de leurs répertoires, et dont ils ont dû, depuis de longues années, accepter les pratiques sans en recevoir de rémunération. Par ailleurs des expérimentations à grande échelle[139] montrent que des outils de reconnaissance peuvent être déployés pour identifier la présence des images sur les plateformes comme celle d'autres contenus. Ces outils peuvent permettre d'ores et déjà de documenter la présence des œuvres concernées sur les plateformes de partage, étant entendu qu'elles ne rassemblent qu'une infime proportion du catalogue détenu.

[139] La base de données AIR (Automated Image recognition) développée pour la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) rassemble à ce jour les empreintes numériques de 800 000 œuvres.

La situation du secteur de l'image rappelle que la mise en œuvre du droit d'auteur qu'implique l'article 17 reste encore largement à engager. La priorité doit être mise à la recherche des autorisations de la part des plateformes. Les questions que soulèveraient d'éventuels blocages d'acte de partage sont légitimes, mais ne doivent être ni instrumentalisées pour récuser la logique d'autorisation ni surestimées. Même si le droit exclusif d'autoriser et d'interdire que traduit le blocage est au cœur des prérogatives juridiques des ayants droit, ce qui justifie sa place essentielle dans l'économie de l'article 17, il ne constitue, pour bien des secteurs, qu'une arme de dissuasion nécessaire pour négocier une autorisation, qui est dans bien des cas leur priorité.

Rebâtir l'interprétation de l'article 17 autour du risque de blocage excessif, comme le font les exercices de réécriture de la portée de la directive décrits dans la partie précédente, revient, au nom de difficultés d'ailleurs largement surestimées, à en réduire singulièrement la portée. La situation des arts visuels est à cet égard particulièrement significative : alors qu'est parfois agité un risque de blocage excessif qu'induirait la protection des images, la réalité des pratiques est que, un an et demi après l'adoption de la directive, et hormis l'exemple de l'accord entre l'ADAGP et YouTube, les plateformes continuent à permettre le partage massif d'images protégées sans rechercher l'autorisation même des ayants droits les plus évidents à identifier.

Proposition n° 11. Mettre au premier plan des priorités la pleine application de l'article 17 dans les secteurs de l'image et de l'écrit.

Rappeler que les meilleurs efforts des plateformes qu'il implique pour obtenir une autorisation ne se limitent pas aux contenus préalablement identifiés ni au cas des contenus typiquement téléchargés sur la plateforme.

Favoriser le dialogue entre les acteurs sur la délivrance des licences et la définition des solutions technologiques.

ii) L'article 17 doit également impulser une dynamique de responsabilisation des ayants droit dans la mise en œuvre du dispositif

Le système actuel mis en œuvre par les grandes plateformes prévoit une forme d'incitation à un comportement responsable des utilisateurs, par l'envoi d'avertissements (*strikes*). Ce système de prévention et de répression des atteintes au droit d'auteur trouve sa source dans la loi américaine. Le *Digital Millennium Copyright Act* américain de 1998 impose en effet aux fournisseurs de service en ligne, s'ils souhaitent bénéficier d'une exonération de responsabilité, de mettre en place une politique de suspension des comptes d'usagers partageant des contenus illicites de manière répétée (*repeat infringers*).[140] Cette disposition a conduit les plateformes à mettre en place des systèmes dissuasifs tels que les avertissements (« *strikes* ») préalables à la fermeture du compte sur YouTube.

[140] 17 U.S.C. §512(i)(1)(A).

Un des enjeux d'une mise en œuvre équilibrée de l'article 17 est l'extension de cette logique de responsabilisation aux différents acteurs de l'écosystème de la protection du droit d'auteur. S'agissant des plateformes, cela passe par le mécanisme de responsabilité juridique qui constitue le cœur de l'article 17 – et que tout le présent rapport s'attache à définir et consacrer.

La mise en œuvre de l'article 17 justifie également une logique de responsabilisation accrue des titulaires de droits. En donnant aux ayants droit de nouvelles possibilités pour mettre en œuvre leurs droits sur les plateformes de partage, l'article 17 implique également de nouvelles responsabilités pour eux[141].

Il n'est certes pas question de remettre en question l'usage même des prérogatives légitimes de chaque ayant droit, ce qui reviendrait à introduire une limitation externe et sans justification aux droits de propriété intellectuelle. Le choix entre le blocage, la monétisation et la tolérance doit rester du ressort de chaque ayant droit, en fonction des considérations qui lui sont propres.

Il faut relever, en revanche, on peut gager que la clarification du cadre juridique applicable, en encourageant les relations directes entre ayants droit et plateformes, devrait exercer un effet d'éviction sur les acteurs tiers qui ont pu porter des revendications abusives. La mise en œuvre de l'article 17 est donc de nature à protéger les ayants droit eux-mêmes de ceux qui se prévaudraient à tort de droits qui ne sont pas les leurs.

En amont, les diligences qu'implique l'article 17 par la fourniture d'informations pertinentes et nécessaires et le paramétrage des outils participent de la logique d'implication attendue des ayants droit. D'abord, l'article 17 n'implique de meilleurs efforts des plateformes et donc de mise en œuvre des outils de reconnaissance que dans la stricte mesure où les ayants droits concernés ont fourni les informations pertinentes et nécessaires que suppose leur fonctionnement. Il ne peut pas donc y avoir de blocage, ni d'ailleurs de monétisation, par le biais d'un outil automatisé pour des contenus qui ne sont pas revendiqués par des ayants droit. Cette disposition souligne la responsabilité qui pèse sur les ayants droit dans le fonctionnement du dispositif.

Par ailleurs, il est essentiel que les ayants droit utilisent les marges de manœuvre techniques disponibles pour cibler aussi précisément que possible, les mesures de blocages qu'ils estiment nécessaires à la protection de leurs droits. Il s'agit notamment qu'ils veillent à ce que leurs pratiques de dépôt et de gestion d'empreintes n'emportent pas de risque de blocage du partage de contenus présents dans leurs œuvres mais relevant soit du domaine public, soit du répertoire d'autres ayants droit qui auraient décidé d'en autoriser le partage. Certaines plateformes demandent ainsi aux ayants droit – particulièrement les chaînes de télévision – de veiller, dans leur politique de dépôts d'empreintes numériques, à ne pas déposer d'empreintes pour les parties de leurs programmes qui constituent des reprises de contenus

[141] V., pour une proposition en ce sens : David El Sayegh, « L'article 17 de la directive 2019/790 : le regard d'un praticien », *RIDA* n° 267, avril 2020, p. 126 et suivantes.

tiers. Ces bonnes pratiques, déjà mises en œuvre par certains ayants droit, pourraient être encouragées par le régulateur sous forme de recommandations. La saisine pré-contentieuse du régulateur par des usagers pourrait permettre de détecter et traiter les cas qui justifieraient de telles interventions.

Il paraît en outre important que les ayants droit ne puissent pas manifester des comportements abusifs dans le refus de lever des blocages, alors que, par exemple, une exception ou une limitation serait applicable. Aujourd'hui, d'éventuels comportements abusifs peuvent être gérés par les plateformes, dans le cadre de leurs rapports confidentiels avec les ayants droit, sans réelle transparence et avec de possibles différences de traitement. Demain, dans le cadre régulé de l'article 17, ce pouvoir de régulation privé pourrait être encadré par la sphère publique. Ainsi, l'Hadopi, à travers son rôle de réception des plaintes des usages, pourrait identifier de tels abus à l'occasion de son instruction des recours, et y donner les suites nécessaires.

En cas d'abus caractérisé et réitéré qui apparaitrait à l'usage de l'article 17, ainsi que l'avait souligné le premier rapport de cette mission[142], il faudrait que le juge ou à tout le moins le régulateur puisse intervenir. Le 4 de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) dispose déjà, en ce sens, que « *présenter aux personnes mentionnées au 2* [hébergeurs] *un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende* ». Une telle disposition, outre son aspect dissuasif, matérialise l'équilibre global de la mise en œuvre du droit d'auteur, dont les obligations s'étendent à chaque partie prenante.

Proposition n° 12. Veiller à un comportement diligent et responsable de l'ensemble des acteurs, y compris des ayants droit, dans la mise en œuvre des outils de reconnaissance en confiant au régulateur un rôle de veille.

Envisager si nécessaire des mécanismes sanctionnant les comportements abusifs réitérés, à l'image du 4 de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

*

* *

Conclusion de la troisième partie

Les propositions détaillées par la mission permettent à ses yeux de combiner deux principales approches pratiques de la mise en œuvre de l'article 17.

D'une part, elles permettent d'ajouter des garanties supplémentaires à tous les niveaux du processus utilisateur, de l'extrême-amont, avant même le téléversement d'un contenu, grâce

[142] Rapport CSPLA, Hadopi, CNC, *op. cit.*, p. 132.

à la transparence des paramètres à l'extrême-aval, au-delà même d'une plainte ponctuelle, à travers la logique de responsabilisation des ayants droit.

Entre ces deux bornes, un utilisateur qui ferait l'objet d'une mesure de blocage pourrait bénéficier d'un traitement rapide de sa plainte, le cas échéant selon une procédure accélérée, en particulier si son profil lui permet de bénéficier du « tri intelligent » de sa demande. Un texte de transposition totalement explicite lui permettrait d'être certain de pouvoir, dans ce cadre, se prévaloir des exceptions. Le régulateur, entre autres rôles, pourrait finalement examiner son recours si la plateforme et l'ayant droit ne lui avaient pas donné raison.

Cette multiplication des garanties repose sur l'idée que l'équilibre de l'article 17, défini par le législateur, n'appelle pas tant une réinvention qu'une déclinaison pratique, et qu'un encouragement à produire tous ses effets vertueux, notamment en termes de conclusion de licences et d'extension des tolérances.

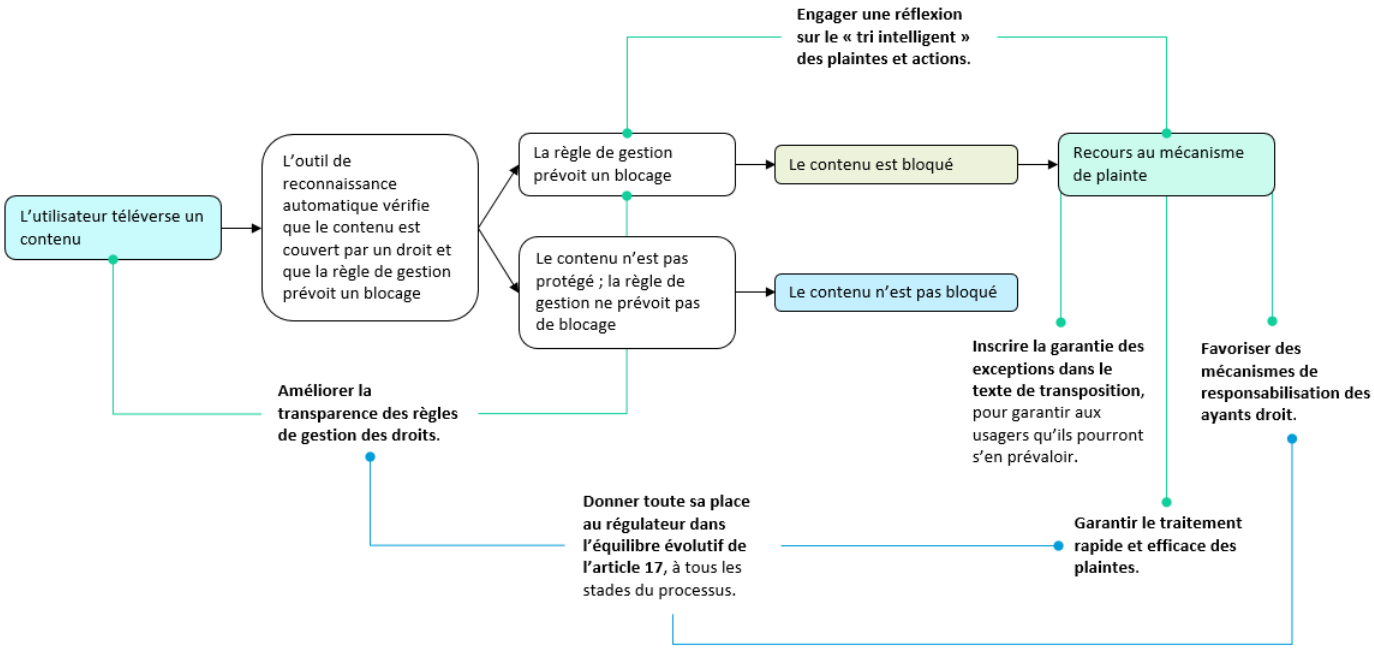

Figure n° 16 : logigramme reliant les propositions au parcours des utilisateurs

Toutefois, la mission a également entendu répondre aux préoccupations relatives à la garantie des exceptions, qui constituent un élément de l'équilibre juridique de l'article 17, afin de proposer un modèle alternatif aux propositions effectuées jusqu'ici pour la transposition de la directive. Elle considère que la combinaison de ses propositions permet de garantir que, dans l'immense majorité des cas, les contenus entrant dans le champ d'une exception qui seraient bloqués feraient l'objet d'un déblocage rapide et efficace.

La mission souligne toutefois de nouveau que les équilibres technologiques de 2020 ne sont pas ceux de demain. La directive 2001/29 a été négociée et adoptée dans un contexte où les outils de reconnaissance des œuvres étaient encore confidentiels. Si la directive 2019/790 et son article 17 connaissent une telle longévité, l'évolution technique rattrapera certainement

certains des postulats qui sous-tendent les propositions de ce rapport, ainsi que l'ensemble des actuelles interprétations ou relectures de l'article 17.

La mission souligne donc la nécessité de laisser une grande marge de manœuvre aux acteurs de l'écosystème numérique, sous le contrôle du régulateur. Les propositions qu'elle présente n'ont pas vocation, sauf exception clairement signalée, à être figées dans la loi. Au contraire, leur mise en œuvre doit d'abord passer par l'évolution des pratiques, dans le cadre des incitations données à chaque acteur par l'article 17. Dans cette vision, l'intervention publique doit d'abord permettre de créer des conditions favorables au développement d'une offre légale, qui bénéficiera à l'ensemble des acteurs, dans le cadre de relations économiques plus équilibrées entre plateformes et ayants droit.

Conclusion

Au terme de ce deuxième rapport, un constat s'impose à la mission : le rôle que les outils de reconnaissance de contenus seront admis à jouer dans la mise en œuvre de l'article 17 de la directive européenne déterminera largement l'effectivité du droit d'auteur en Europe sur les plateformes numériques de partage – et donc de son effectivité tout court. Par effectivité, il faut entendre d'ailleurs non seulement la rémunération des ayants droit mais aussi le respect des équilibres entre toutes les parties concernées, la disponibilité des œuvres et la diversité de la création dans un écosystème favorable à tous, plutôt que les comportements de passagers clandestins des uns ou des autres et l'assèchement des filières de la création.

L'équilibre fin entre les droits fondamentaux sur les plateformes numériques et leur régulation appropriée par rapport aux autres opérateurs sont des sujets essentiels. Consciente de ces enjeux et frappée par le peu d'études et de données disponibles publiquement pour éclairer la transition qu'appelle l'article 17, la mission s'est attachée, dans le présent rapport comme dans le précédent, à partager ses informations et à documenter ses analyses et propositions. Elle ne peut que déplorer que le dialogue entre les parties prévu par la directive n'ait pas pu à ce jour nourrir un diagnostic partagé et une cartographie détaillée des pratiques actuelles et des enjeux d'avenir.

Des choix décisifs restent à faire dans les mois qui viennent, à l'échelle européenne, au sein de la Commission ou dans le prétoire de la Cour de justice, mais aussi dans les législations des États membres et enfin dans les pratiques de tous les acteurs, plateformes, ayants droit et utilisateurs. Face à ces choix, la démarche à suivre doit être pragmatique, guidée par le souci de proportionnalité et prendre finement en compte les usages et leur marge d'évolution dans chaque secteur et sur chaque type de service.

Or, force est de constater que le partage des contenus protégés attendus sur les plateformes est aujourd'hui largement possible, d'une part grâce aux licences massivement accordées dans certains secteurs, notamment la musique, et, d'autre part, pour le reste, grâce aux flexibilités de gestion consenties par les titulaires de droit.

Dans le cadre de l'article 17, cette situation favorable ne peut que se consolider grâce au développement des licences et à une plus grande confiance de tous les acteurs, qui doit permettre le maintien des flexibilités existantes.

Il n'y a donc pas lieu aujourd'hui de s'écarter du juste équilibre dessiné par le législateur européen. Fixer des seuils quantitatifs pour faire obstacle au fonctionnement des outils automatisés, ce que ne prévoit pas la directive, n'est pas justifié. Cela imposerait une limitation a priori de l'exercice des droits qui ne pourrait se concevoir qu'au prix d'une approche manifestement disproportionnée à la réalité des enjeux. Cette limitation serait en outre inconcevable sans clause de sauvegarde protégeant la valeur des droits, par exemple pour empêcher le partage d'œuvres avant leur publication. Plutôt que de prétendre corriger la plume du législateur en se lançant dans un tel exercice, il faut donc aujourd'hui rester à la hauteur son ambition. Ce n'est pas tous les jours que l'Europe réinvente le droit d'auteur dans

l'univers numérique. Grâce au législateur européen, l'essentiel est fait. Le reste n’est qu’affaire de mise en œuvre fine, proportionnée et pragmatique.

Annexe I – Lettre de mission

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère Culture

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Le Président

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone : 01 40 15 38 73
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr

http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique

Paris, le 13 JAN. 2020

Monsieur Jean-Philippe Mochon
Conseiller d'Etat

Monsieur le Conseiller,

Le rapport que vous avez rédigé conjointement avec l'HADOPI et le CNC sur les outils de reconnaissance des contenus dans le cadre de la mission lancée le 29 mars 2019 marque une étape importante sur un sujet central pour une pleine effectivité du droit d'auteur sur les plateformes de partage en ligne.

Dans le prolongement de la publication très prochaine de ce rapport, je souhaite, en plein accord avec les présidents de l'HADOPI et du CNC, vous confier une nouvelle mission sur ce même sujet.

Cette mission visera d'abord à la diffusion des analyses et propositions du rapport auprès des acteurs français, dans le cadre de la transposition de la directive européenne sur le droit d'auteur, mais aussi européens et internationaux. Dans le contexte du dialogue entre les parties prenantes et des orientations à définir par la Commission européenne, et alors qu'une pleine mise en œuvre de la directive dans l'ensemble des Etats membres est essentielle, il importe en effet que votre récent rapport puisse être connu et largement partagé sur la scène européenne.

La mission tendra également à l'approfondissement des recommandations du rapport pour chacun des secteurs de la création concernés par le nouveau mécanisme d'autorisation et de protection des droits prévu par l'article 17 de la directive. Vos travaux pourront en particulier éclairer la portée susceptible d'être donnée, d'une part, à la notion de meilleurs efforts des fournisseurs de services de partage pour garantir l'indisponibilité des contenus non autorisés et, d'autre part, à celle d'informations à fournir dans ce cadre par les titulaires de droits.

Le rapport que vous avez rendu ayant montré tout l'intérêt et la richesse d'un travail conjoint avec l'HADOPI et le CNC, cette nouvelle mission prendra également la forme d'une mission conjointe avec ces deux institutions. Vous bénéficierez à nouveau du soutien de M. Sylvain Humbert,

maître des requêtes au Conseil d'Etat, qui a accepté d'être le rapporteur de la mission.

Vous ferez rapport de cette nouvelle mission devant le CSPLA d'ici l'automne 2020.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Monsieur le Conseiller, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Amitiés, O. Japiot

Olivier Japiot

Annexe II – Liste des personnes rencontrées

En plus des personnes rencontrées aux fins de l'élaboration du second rapport de la mission conjointe, celle-ci s'est également référée dans ses travaux aux nombreuses auditions effectuées dans le cadre de la première mission (annexe 6, p. 154 et suivantes du premier rapport).

Ministère de la culture

Secrétariat général

Alban de Nervaux

Sarah Jacquier

Séverine Fautrelle

DGCA

Marion Hislen

Ludovic Julié

Elsa Bachelard

Plateformes

Facebook

Sarah Yanicostas

Google

Thibault Guiroy

Clara Sommier

Twitch

Olaf Cramme

Charlie Slingsby

Ayants droit

► **Arts visuels**

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

Marie-Anne Ferry-Fall

Thierry Maillard

► **Audiovisuel**

TF1

Anthony Level

Vivendi, Universal Music, Canal plus, Editis

Marie Sellier

Sébastien de Gasquet

Christophe Roy

Morgan Schuster

Jean Spiri

► **Cinéma**

Motion Picture Association (MPA)

Emilie Anthonis

Johanna Baysse

Okke Delfos Visser

Anne-Lise Bruneel

Annemie Neuckemers

► **Ecrit**

Alliance de la presse d'information générale

Samir Ouachtati

Pierre Petillault

Association internationale des éditeurs scientifiques

Fred Geraud

Esther Heuver

Carlo Lavizzari

Dan O'Brien

Mathilde Renou

Claudia Russo

Groupement français de l'industrie de l'information

Denis Berthault

Christian Langevin

Syndicat des éditeurs de la presse magazine

Julie Lorimy

Maël Montarou

Lola Pedrotti

Véronique Seiler

Syndicat national de l'édition

Julien Chouraqui

► **Musique**

Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI)

Lodovico Benvenuti

Patrick Charnley

Abbas Lightwalla

Frances Moore

Lauri Rechardt

Shiveta Sooknanan

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

David El Sayegh

Caroline Bonin

Utilisateurs

La Guilde des vidéastes

Guillaume Hidrot

Roxane Tyrbas

Annexe III – Liste des propositions

Proposition n° 1. Ajouter une référence explicite aux exceptions dans la transposition française de l'article 17.

Proposition n° 2. Conforter le rôle de la Hadopi comme « recours extrajudiciaire » au sens de l'article 17(9) de la directive.

Proposition n° 3. Diffuser des recommandations générales, mettre en exergue les bonnes pratiques et encourager les tolérances dans les règles de gestion fixées par les ayants droit, selon les types de des plateformes et de contenus.

Proposition n° 4. Maintenir une veille technologique et un rôle d'évaluation qui permette d'éclairer les notions de la directive (« *meilleurs efforts* » ; « *informations pertinentes et nécessaires* ») en fonction des évolutions techniques, notamment grâce à des pouvoirs adaptés confiés au régulateur en lui permettant de disposer des informations utiles tout en préservant le secret des affaires.

Proposition n° 5. S'assurer, par une veille en continu, que les utilisateurs peuvent se prévaloir du bénéfice d'une exception, y compris dans le cadre du processus de réclamation.

Proposition n° 6. Favoriser l'apparition de techniques de « tri intelligent » des réclamations.

Proposition n° 7. Permettre aux vidéastes de s'inscrire dans la mise en œuvre de l'article 17 en bénéficiant de « listes blanches » facilitant la diffusion *a priori* de leur contenu.

Proposition n° 8. Encourager la diffusion des lignes directrices ou règles généralement appliquées par les ayants droit dans la mise en œuvre des outils de reconnaissance, en garantissant la flexibilité de leur mise en œuvre. A l'échelle des différents secteurs, prévoir la réalisation d'une étude des usages par la Hadopi.

Proposition n° 9. En cas d'application d'une règle de gestion à un contenu téléversé, informer précisément les utilisateurs de la règle appliquée en ouvrant la possibilité aux utilisateurs d'adapter leurs pratiques en conséquence.

Proposition n° 10. Accroître la transparence des algorithmes et solutions techniques mises en œuvre par les plateformes pour protéger le droit d'auteur, vis-à-vis des ayants droit et des utilisateurs.

Proposition n° 11. Mettre au premier plan des priorités la pleine application de l'article 17 dans les secteurs de l'image et de l'écrit.

Rappeler que les meilleurs efforts des plateformes qu'il implique pour obtenir une autorisation ne se limitent pas aux contenus préalablement identifiés ni au cas des contenus typiquement téléchargés sur la plateforme.

Favoriser le dialogue entre les acteurs sur la délivrance des licences et la définition des solutions technologiques.

Proposition n° 12. Veiller à un comportement diligent et responsable de l'ensemble des acteurs, y compris des ayants droit, dans la mise en œuvre des outils de reconnaissance en confiant au régulateur un rôle de veille.

Envisager si nécessaire des mécanismes sanctionnant les comportements abusifs réitérés, à l'image du 4 de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.